

# IURIS DICTIO

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO



Febrero 2002

IURIS DICTIO

Año III, N° 5

# IURIS DICTIO

Revista del Colegio de Jurisprudencia  
Universidad San Francisco de Quito

---

Año III, Nº 5

Quito, Febrero 2002

Director:

Fabián Corral Burbano de Lara

Editor:

Diego Pérez Ordóñez

Consejo Editorial:

Alberto Wray Espinosa

Rodrigo Jijón Letort

Fabián Corral Burbano de Lara

Lorena Casante Redín

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:

## “EL DERECHO EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN”

**Jorge Zavala Egas**

Los Derechos Humanos y sus garantías en un Derecho Constitucional globalizado. ....7

**Antonio Parra Gil**

La globalización en el Derecho Internacional. ....13

**Diego Pérez Ordóñez**

Soberanía y globalización. ....18

**Edmundo René Bodero**

Globalización y criminalidad. ....23

**Fernando de Trazegnies Granda**

Postmodernidad y pluralismo jurídico. ....28

## SECCIÓN LIBRE:

**Marena Briones Velasteguí**

La libertad de prensa y el derecho a la comunicación: Estudio comparado en el ámbito andino. ....36

**Alejandro Ponce Villacís**

La exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos en el marco del Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos. ....49

**Macarena Vega Cevallos**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. ....55

**Reinaldo Calvachi Cruz**

Los delitos tributarios: La defraudación fiscal. ....65

**Efraín Pérez**

La noción de acto administrativo en el Derecho Público ecuatoriano. ....76

**Santiago Andrade Ubidia**

Hace falta una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial. ....87

**Galo Chiriboga Zambrano**

La acción de Hábeas Data. ....109

## SECCIÓN JURISPRUDENCIA:

**Farith Simon Campaña**

Breve análisis de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia y los derechos de los niños. ....113

**José Meythaler**

Sobre la legalidad y la seguridad jurídica a partir de lo contencioso administrativo. ....120

NUESTROS COLABORADORES .....126

# Los Derechos Humanos y sus garantías en un Derecho Constitucional globalizado

Jorge Zavala Egas

## I.- ¿QUÉ ES GLOBALIZACIÓN?

1. Un fenómeno o hecho que está en el mundo y ahora.
2. Un proceso de universalización y mundialización.
3. Es subsecuente a la internacionalización: ésta consiste en un flujo de personas, ideas, materias primas, capitales, mercaderías y servicios que circulan entre dos o más Estados (desde el siglo XV hasta la primera mitad del siglo XX).
4. Desde la década comprendida entre 1960 y 1970 se inicia un proceso de tendencia homogeneizadora a escala planetaria que impacta en todos los aspectos: jurídico-político, económico – financiero y socio – cultural y también en todos los actores: Estado-nación, entidades subnacionales, empresas transnacionales y organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales.
5. Comprende un elemento espacial: alcance o extensión planetaria, a todo el globo y otro elemento intensificador de las acciones relativas a los actores del sistema internacional con profundización del grado de interdependencia.
6. Dos de los grandes vectores del impacto de la globalización son, en lo político y jurídico, la difusión planetaria del sistema democrático y el reconocimiento planetario de los derechos humanos y sus garantías.

## II. EL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO: DERECHO ENTRE ESTADOS (INTERESTATAL). LA SOBERANÍA NACIONAL COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

1. El Derecho Internacional es, en esta etapa, un sistema jurídico fundamentalmente interestatal.
2. El principio constitucional del Derecho Internacional es la soberanía, el cual es fundamento de: a) el relativismo de este sistema jurídico y, b) de la trascendencia de la voluntad de los Estados en la elaboración y en la aplicación de las normas jurídicas internacionales.

3. Por ello es que el principio de la soberanía de los Estados explica la tendencia de éstos a determinar, unilateral y discrecionalmente, las normas que les vinculan, así como el alcance de sus obligaciones jurídicas internacionales. Esta realidad obliga a reconocer los rasgos de voluntarismo, discrecionalidad y subjetivismo propios del Derecho Internacional, en el que el consentimiento de los Estados soberanos es un principio básico.
4. La soberanía de los Estados constituye, así, la razón de ser del orden jurídico nacido de la necesidad de regular las relaciones de coexistencia y de cooperación entre Estados soberanos.
5. Por estas características es que el Derecho Internacional tradicional puede hacer muy poco por los derechos de las personas, por la persona humana, dado que toda la estructura del Derecho Internacional clásico está concebida en función de los Estados soberanos y al margen de la perspectiva de los derechos humanos. Veamos un caso práctico: el de la sentencia del 30 de agosto de 1924 del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (caso *Concesiones Mavrommatis en Palestina*), en que se afirmó: *...es un principio elemental del Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otros Estados, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al encargarse de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, el Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus súbditos. Desde el momento que un Estado hace suya la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, a los ojos de esta última el Estado es el único reclamante...* (CPJI, Serie A, No. 2, p.12).
6. Por esta realidad es que dijera el maestro Nicolás POLITIS en 1927, refiriéndose a la situación de los hombres ante el Derecho Internacional que el Estado soberano

era para sus súbditos una jaula de hierro, desde la que aquéllos no podían comunicarse jurídicamente con el exterior más que a través de muy estrechos barrotes<sup>1</sup>, pues es obvio que la protección de las persona no podía llevarse a cabo más que a través de los Estados, ya que el Derecho Internacional es ante todo un derecho interestatal concebido por y para los Estados soberanos.

### III. EL NUEVO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL: LOS DERECHOS HUMANOS Y EL TRADICIONAL: LA SOBERANÍA ESTATAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

1. En la Carta de las Naciones Unidas,<sup>2</sup> de la cual dimana la Corte Internacional de Justicia,<sup>3</sup> y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) se proclama la dignidad intrínseca de todo ser humano y va seguida ésta de un generalizado reconocimiento de los derechos humanos por los derechos positivos de las naciones, lo cual va a producir una trascendental alteración en la naturaleza del Derecho Internacional.
2. En efecto, se sigue considerando a los Estados soberanos como los verdaderos sujetos del Derecho Internacional y los que, por tanto, siguen siendo los que accionan, a nombre de sus súbditos lesionados en sus derechos por un Estado extranjero, pretendiendo la reparación debida. Por ello, la consideración interestatal sigue prevaleciendo en el Derecho Internacional y la soberanía sigue estando vinculada a estos Estados relacionados.
3. Pero, ha surgido frente a ese principio constitucional de la soberanía otro principio constitucional que también sustenta el orden internacional: Los derechos humanos. No hay que discutir la existencia a partir de 1945 de un proceso de humanización del Derecho Internacional, motivado por la creciente relevancia de la persona humana, que ha incidido y modificado la naturaleza, estructura y funciones del Derecho Internacional.
4. Los derechos de la persona existen y son invocables tanto ante el Estado del cual es nacional su titular, como de todos los Estados y, por ello, la persona no puede ya ser considerada como un mero objeto del orden internacional. Por el contrario, la nueva realidad es que la persona que se estime lesionada en sus derechos humanos puede demandar ante una instancia internacional al Estado al que dicha violación sea imputable, incluso al propio Estado de su nacionalidad, tal como lo prevén las garantías insertas en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Tratado de Roma (4 de noviembre de 1950)<sup>4</sup> y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (suscrita en 1969, vigente desde 1978).
5. Sobre este punto hay un hecho cierto y es que, en el mundo, en formal global, se ha impuesto el criterio que los derechos humanos trascienden los asuntos internos de los Estados y si, además, una persona agota las instancias internas en busca de justicia para su dignidad vulnerada sin conseguirlo, puede acudir a las instancias supranacionales para lograrlo. De acuerdo con esta concepción, la mayor parte de los juristas contemporáneos

—como Kelsen, Verdross, Lauterpacht, Mirkine-Guetzevich y otros— han admitido, en mayor o menor medida, que las personas naturales son sujetos del Derecho Internacional Público en lo que concierne a la protección de sus derechos fundamentales.<sup>5</sup>

6. Es claro, en consecuencia, que en cuanto a derechos humanos se refiere, los Estados tienen obligaciones hacia la comunidad internacional, en su conjunto, en orden a la consecución del bien común de la comunidad,<sup>6</sup> pues lo trascendente es el bien común de la humanidad.
7. Eso es real, pero hay que tener presente que la acción sobre los derechos humanos debe cumplirse en una realidad de Estados soberanos y ello es lo que actualmente hace convivir en una permanente tensión a este principio constitucional con el otro principio que impele al reconocimiento y protección de los derechos humanos. Esto es, que los derechos humanos no han desplazado ni eliminado la soberanía de los Estados aunque sí la han erosionado y relativizado.<sup>7</sup>

### IV. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL GLOBALIZADO

1. Una realidad jurídica global sería la normativa que no sólo fluye a través de las fronteras (internacionalización), sino que se recepta como unidad planetaria y, por tanto, como una entidad homogénea que se comprende como un todo que aprehende los actos de todos. Se trata de una normativa jurídica que tiene un ámbito espacial, para su validez y eficacia, global y que, por tanto, rige y subordina a todas las personas y a todos los Estados. Es en este caso que se puede afirmar la presencia de un fenómeno jurídico global, de una normativa adoptada globalmente que actúa sobre y en los Estados, en las organizaciones infraestatales y sobre sus actores que son, en la realidad, los detentadores del poder político.
2. Una realidad jurídica globalizada es el principio constitucional de los derechos humanos, los que fueron universalizados, por primera vez, en el tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas.<sup>8</sup> Se expresa en su Preámbulo que los Estados reafirman su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, para luego de dejar constancia, en el Art. 1, que el propósito de las Naciones Unidas es el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y, que, por tanto, dirá en el artículo 55, c), promoverá el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades.
3. La doctrina internacionalista es pacífica en sostener que a partir de su vigencia, la Carta de las Naciones Unidas afincó la dignidad intrínseca de todo ser humano y, lo que es más importante, que por su incidencia la persona pasa a ser sujeto de Derecho en el Derecho Internacional contemporáneo. Es decir, la persona tiene legitimación para interponer una reclamación internacional contra un Estado, incluso contra el Estado del

que sea nacional. Para algunos autores, puede ser una legitimación reducida y limitada, pero no se niega su realidad. Existe la legitimación activa en cuanto a que la persona puede acceder a la jurisdicción internacional, tanto como la legitimación pasiva, pues el individuo puede ser responsabilizado por actos contra el Derecho Internacional.

4. Estos dos hechos nos llevan a la conclusión de que vivimos un nuevo momento en la dinámica del desarrollo del Derecho Constitucional y es la etapa de la globalización de dos principios que conviven en evidente tensión:

- 1) El de la soberanía de los Estados; y,
- 2) El de los derechos humanos.

5. Estos dos principios –soberanía y derechos humanos–, tradicional el primero, de la época el segundo, como fundamentos de normas jurídicas constitucionales, imperan en todos los Ordenamientos Jurídicos estatales y se encuentran, a su vez, en el Ordenamiento Jurídico Internacional con plena validez, pero sin total eficacia con respecto a los derechos humanos.

6. En realidad no existen la necesaria garantía y eficaz protección internacionales a los derechos humanos de las personas, esto es, no hay todos los mecanismos o procedimientos que amparen y aseguren el acatamiento real de las obligaciones que han convenido los Estados en el seno de las Naciones Unidas.

7. Vale aclarar que hablamos de los dos tipos de procedimientos actualmente existentes: 1. Los derivados de tratados internacionales sobre derechos humanos, llamados «convencionales» y 2. Los creados extratratados, llamados «extraconvencionales». A su vez, los primeros concluyen con una decisión de la Corte Internacional de Justicia de carácter obligatorio y se denominan como «contenciosos» porque tienen como presupuesto controversias, y en los que no existe tal decisión obligatoria.

8. Los procedimientos no litigiosos se han venido estableciendo en los tratados internacionales a partir de 1965 y 1966 con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y los Pactos internacionales sobre derechos.

#### V. GLOBALIZACIÓN DE LA INSTANCIA INSTITUCIONALMENTE ORIENTADA A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (JURISDICCIÓN INTERNACIONAL)

1. Es incontestable la afirmación que normativamente, esto es, como Ley Internacional Positiva, existen aceptados los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales cuanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y, luego, en el «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y entrado en vigor en 1976, el mismo que a la presente tiene 129 Estados adherentes. Regionalmente existe el

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado «Protocolo de San Salvador».<sup>9</sup>

2. En el primer caso que se adopta un procedimiento contencioso globalizado es cuando se aprueba «La Convención para la prevención y la sanción del Delito de Genocidio» el 11 de diciembre de 1948,<sup>10</sup> pues los 107 Estados que a la fecha son partes han aprobado el artículo IX que prescribe:

*Art. IX.- Las Controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.*

3. Durante 40 años esta aceptación a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia no se había concretado en ningún caso, sin embargo el 20 de marzo de 1993 se la aplicó cuando se produjo la demanda ante la CIJ efectuada por Bosnia – Herzegovina en contra de Serbia – Montenegro, fundamentada en la violación de la Convención, llegando incluso a dictarse medidas cautelares el 8 y el 13 de septiembre de 1993.

4. La aceptación a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, como se comprenderá, cierra el círculo de la protección de los derechos humanos, pues éstos dejan de ser proclamas éticas y pasan a ser normas coactivas.

5. Existen, a la fecha, dieciséis tratados internacionales sobre derechos humanos en que los países aceptan la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. El principal es la Convención sobre la «Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial» (139 Estados adherentes)<sup>11</sup> que prescribe en su Art.22 lo siguiente:

*Art.22.- Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarlas.*

6. Otra trascendente es la «Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes» (82 Estados adherentes)<sup>12</sup> que prescribe:

*Art. 30.- 1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.*

## VI. GLOBALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS NO CONTENCIOSOS

### INFORMES

1. Como dijimos en líneas anteriores, existen mecanismos no litigiosos para la garantía de los derechos humanos constituidos en las Naciones Unidas y uno de ellos es el de la obligación de presentar informes cada cierto tiempo a las instancias de fiscalización o control de la organización mundial. La obligación era para todos los Estados que de esta forma sometían a juicio de las Naciones Unidas su proceder. Sin embargo, la propia Asamblea General, mediante Resolución 35/209 del 17 de diciembre de 1980, invocando la ineficacia del sistema, la extinguió.
2. No obstante lo explicado antes, a la fecha existen ocho (8) convenciones sobre derechos humanos que prevén la necesidad (léase obligación) de informar por parte de los Estados adherentes. Son:
  - I) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (21 de diciembre de 1965, vigente desde el 4 de enero de 1969), 139 Estados Partes.<sup>13</sup>
  - II) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966, vigente desde el 3 de enero de 1976), 129 Estados Partes.
  - III) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976), 127 Estados Partes.
  - IV) La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid (30 de noviembre de 1973, en vigencia desde el 18 de julio de 1976), 98 ratificaciones.<sup>14</sup>
  - V) La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981).<sup>15</sup>
  - VI) La Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes (10 de diciembre de 1984, en vigencia desde el 26 de julio de 1987).<sup>16</sup>
  - VII) La Convención Internacional contra el Apartheid en el Deporte (10 de diciembre de 1985, en vigor desde el 3 de abril de 1988), 57 adhesiones.<sup>17</sup>
  - VIII) La Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989, en vigencia desde el 2 de septiembre de 1990).

### INVESTIGACIONES

1. Otro de los procedimientos no contenciosos que se utilizan para la defensa de los derechos humanos es la investigación; así lo prevé, por ejemplo, la Convención contra la Tortura, para ello basta que exista una denuncia que preste credibilidad que en cualesquiera de los Estados partes se la practica. Dice el Art.20:

*Art. 20.- 1. El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate.*

2. *Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado Parte de que se trate así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité.*
3. *Si se hace una investigación conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado Parte de que se trate. De acuerdo con ese Estado Parte, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio.*
4. *Después de examinar las conclusiones presentadas por el miembro o miembros conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación.*
5. *Todas las actuaciones del Comité a las que se hace referencia en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado Parte en todas las etapas de las actuaciones. Cuando se hayan concluido actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual que presente conforme al artículo 24.*

## VII. PROCEDIMIENTOS NO CONVENCIONALES DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS GLOBALIZADOS

1. Nos referimos a los mecanismos que se utilizan; siempre la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sin que sea necesario el consentimiento de los Estados para su aplicación, siendo el parámetro de actuación no un tratado o convenio en particular sino la Declaración Universal de 1948.
2. Todo comienza cuando se decide la Resolución 8 de la Comisión de Derechos Humanos<sup>18</sup> que da origen a la Resolución 1235 del Consejo Económico y Social de 6 de junio de 1967. Esta Resolución estableció un procedimiento por el que las comunicaciones individuales pasaron a ser consideradas un «procedimiento público», en el que la Comisión de Derechos Humanos puede decidir establecer un órgano especial de investigación de la situación, «sin necesidad del consentimiento del Estado sujeto a control».<sup>19</sup>
3. Esta Resolución se aplicó en Sudáfrica y Rodesia y luego en los territorios árabes ocupados por Israel. Lo decisivo para esta situación es, según el profesor Carlos Villán Durán,<sup>20</sup> miembro del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, vincular las violaciones graves de derechos humanos que se pro-

ducían en esos supuestos con la idea que todos ellos constituían «situaciones» que eran serias amenazas a la paz y la seguridad internacionales.

4. Sobre la base de la Resolución 1235, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas actualmente realiza investigaciones, en el caso de denuncias de violaciones, por regiones geográficas enteras o por países. Lo hace en forma pública o confidencial.

### VIII. LA DEFENSORÍA GLOBALIZADA DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL ALTO COMISIONADO Y LA ACCIÓN DE AMPARO INTERNACIONAL

1. Mediante la Resolución 48/141 de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>21</sup> se crea el «Alto Comisionado» que se deberá orientar por el reconocimiento de que todos los derechos humanos (civiles, políticos, sociales, culturales, económicos y los difusos) *son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí y de que, si bien se debe tener presente la importancia de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas, culturales y religiosas, los Estados independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*
2. Se trata de mantener la esencia de la defensa globalizada de los derechos humanos tal como consta en la Resolución que adoptara el Instituto de Derecho Internacional<sup>22</sup> sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, la misma que prescribe: *Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad proclamada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta obligación internacional es, según la fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación erga omnes: incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto, y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos.*<sup>23</sup>
3. Es real, en consecuencia, la afirmación que todos los Estados tienen la obligación de respetar, promover y garantizar la protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su ámbito jurisdiccional. De ahí la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que debe actuar, según el literal a) del párrafo 3 de la parte resolutive:

*en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, otros instrumentos internacionales de derechos humanos y el Derecho Internacional, incluidas las obligaciones de, en este marco, respetar la soberanía, la integridad territorial y la jurisdicción interna de los Estados.*

4. Por otra parte, existe en la actualidad la acción de amparo globalizada o, si se quiere, internacional. En efecto, se ha instaurado: *...un sistema de acciones urgentes, de naturaleza protectora y que se asemejan a una especie de «recurso de amparo internacional» en el que la ...comunicación se recibe y trata con prontitud y flexibilidad sin atender a estrictos requisitos de admisibilidad ni requerir el consentimiento del Estado interesado. Son «procedimientos de alcance universal, humanitarios y personalizados para atender de modo individual las quejas que se reciben».*<sup>24</sup>

### IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La mundialización (globalización) de los derechos humanos tiene su eje central en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo órgano jurisdiccional es la Corte Internacional de Justicia, pero no debemos marginar a los Tratados, Protocolos, Pactos y Convenciones que, por el significativo número de adherentes y ratificaciones, nos presentan la realidad del fenómeno como existente y ya no como una mera aspiración humanista.

Sin embargo, no escapará que el número de estos instrumentos internacionales, más los regionales, ha creado un obstáculo a una mayor efectividad global y lo resume el profesor español siempre citado en este ensayo diciendo: *el elevado número de tratados existentes en la materia suscita un problema de coordinación y explica la dura crítica que, en un plano doctrinal, han formulado diversos autores, cuando hablan, con evidente acierto, de un proceso de «inflación normativa» que ha venido a socavar la aspiración de globalidad con que tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos Humanos habían introducido a los derechos humanos como un nuevo principio constitucional del orden internacional...*

Sin embargo, la globalización de los derechos humanos sigue su andar y Ecuador no es ni puede ser ajeno al proceso. No hay que olvidar que el proceso no se puede evitar, lo que hay que hacer es gobernarlo y direccionarlo. Toca a la generación de los estudiantes actuales el esfuerzo para que se lo culmine, con la finalidad de hacer prevalecer la dignidad del ser humano en el planeta, lo que sólo podrá lograrse, decimos nosotros, si se acompaña con un igual proceso de globalización de la democracia.



## NOTAS

1. Cita de Carrillo Salcedo, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. Tecnos, Madrid, 1995, p. 14.
2. Firmada en la ciudad de San Francisco, EEUU, a los veintiséis días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y cinco.  
En Ecuador, la Carta de las Naciones Unidas se publicó en el Registro Oficial 502, del 6 de febrero de 1946.
3. R.O. 502, del 06 de febrero de 1946.
4. Tiene suscritos ocho (8) protocolos adicionales.
5. Hübner Gallo, Jorge Iván. Derechos Humanos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 52.
6. Son expresiones del Magistrado de la Corte Internacional de Justicia Manfred Lachs
7. Carrillo Salcedo, Ob. Cit. p.21.
8. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945.
9. R.O. 175 de 23 de abril de 1993.
10. En Ecuador fue aprobado, ratificado por D.E. 2180 y publicado en el R.O. 393 del 21 de diciembre de 1949.
11. En Ecuador se publicó la ratificación en el R.O. 140 del 14 de octubre de 1966.
12. En Ecuador la aprobación consta en el R.O. 756 del 25 de agosto de 1987; la ratificación se hizo en Decreto 3796, R.O. 894 del 16 de marzo de 1988 y se publicó el Acuerdo 130 en el R.O. 924 del 28 de abril de 1988.
13. R.O. 140 del 14 de octubre de 1966.
14. R.O. 781 del 14 de abril de 1975.
15. R.O. 32 del 2 de diciembre de 1981.
16. R.O. 924 del 28 de abril de 1988, Enmiendas a la Convención RO 786 de 21 de septiembre de 1995.
17. R.O. 741 del 6 de agosto de 1991.
18. Es órgano ad hoc del Consejo Económico y Social que sí está previsto en la Carta de las Naciones Unidas.
19. Carrillo Ob. Cit., p.87.
20. Curso Internacional de los derechos humanos. Institut International des Droits de L'Homme, Estrasburgo, 1994, p.221.
21. 20 de diciembre de 1993.
22. Sesión del 13 de septiembre de 1989 en Santiago de Compostela.
23. Hace referencia a la sentencia de la CIJ del 5 de febrero de 1970 (Caso de la «Barcelona Traction» Bélgica contra España, en la que se afirmó la existencia de obligaciones de los Estados "hacia la comunidad internacional en su conjunto", esto es, obligaciones erga omnes.)
24. Ob. Cit., p.267. Cfr. Carrillo, Ob. Cit., p.91.

# La globalización en el Derecho Internacional

Antonio Parra Gil

Si bien el Diccionario de la Lengua Española define el neologismo *globalización* como la *tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales*,<sup>1</sup> el término mundialización (mondialisation) en lugar de globalización, usado en idioma francés, tal como lo recuerda el Dr. Rodrigo Borja Cevallos en su *Enciclopedia de la Política*,<sup>2</sup> es más apropiado.

Denis Duclos manifiesta, en un estupendo artículo publicado en *Le Monde Diplomatique*,<sup>3</sup> que *es universal lo que es común a todos los seres humanos, se extiende sobre toda la superficie de la tierra y concierne a todo el mundo, y que la actual mundialización económica se presenta como un nuevo proyecto de vocación universal*.

Dentro del concepto indicado, esto es como lo universal, que es común a todos, el Derecho Internacional es una ciencia *globalizada*, universal por su propia naturaleza.

La comunidad internacional existe desde el momento que sus miembros *toman conciencia jurídica de su solidaridad y tienen la voluntad de someter sus relaciones a reglas comunes*; y el Derecho Internacional existe porque existe la comunidad internacional. Se origina en ella, que es una sociedad de *agrupaciones humanas* (Estados) y de *asociaciones intergrupales* que crea o produce un derecho -su propio derecho- para regir las relaciones entre las agrupaciones y asociaciones a que esa situación da lugar, esto es un *derecho producto de una conciencia colectiva*, que acepta ciertas normas de conducta *que se convierten en jurídicas* (normas jurídicas) *por su carácter obligatorio*.

Esas normas de conducta adquieren carácter obligatorio por decisión (la voluntad) de la comunidad total, que trasciende la voluntad del Estado. Es, sin duda, una voluntad conjunta y solidaria de lo que algunos tratadistas han calificado como el conglomerado social internacional, que acepta como válidas y obligatorias determinadas normas de conducta para que rijan las relaciones internacionales, que se sustenta en el convencimiento o criterio general de justicia, bien común (o interés de grupo) y en la cooperación, que prima en la comunidad internacional.

Esa comunidad internacional, de carácter universal, que se ha formado al correr de los siglos, y que poco a poco ha creado su propio derecho, con normas a las que deben sujetarse las relaciones entre sus miembros, es producto del *instinto de asociación* del hombre; del desarrollo científico y tecnológico (grandes descubrimientos desarrollo de la imprenta; renacimiento de las ciencias y las artes, etc., etc.); de la interpretación y estudio del ser humano y de la existencia y desarrollo de los grupos humanos (la antropo-

logía y la sociología); y del imperativo de cooperación, del comercio y de la seguridad colectiva o seguridad internacional (Estados, especialmente los pequeños, que *confían su seguridad al orden internacional*).

Los profesores Scelle, Fauchille, Holtzendorff y Jitta, entre otros, participan del criterio expuesto. Para Fauchille, *el fundamento del Derecho Internacional estriba en el hecho innegable y necesario de que existe, entre los Estados que han alcanzado o sobrepasado cierto nivel de civilización, una comunidad permanente y jurídicamente reconocida*.

Este planteamiento, muy general, que explica el carácter universal o global del Derecho Internacional, no impide ni se contrapone a que esta ciencia atienda *la psicología especial de los pueblos* y las *características propias de las distintas nacionalidades* o principio de las nacionalidades,<sup>4</sup> y que admita *regionalismos jurídicos*, como es el caso del Derecho Internacional Americano.

La universalidad del Derecho Internacional Público la encontramos desde sus inicios en las civilizaciones anteriores a Grecia y Roma, en el mundo civilizado de entonces; en la paz Romana, consecuencia *del orden impuesto por el Imperio* (paz impuesta en la época de Octavio Augusto o paz Octaviana); en las luminosas explicaciones del insigne dominico Francisco de Vitoria, el *doctor sorbónico*, que dio gloria al claustro universitario de la milenaria Salamanca desde la cátedra Prima y sus célebres *Relectione Theologicae*, en especial *De Indis* (la quinta) y *De iure belli* (la sexta), en que define el Derecho de Gentes; en el *De legibus ac Deo legislatore* del célebre teólogo español Francisco Suárez, en el que expone su *inimitable doctrina relativa a la comunidad de derecho entre los pueblos y a la formación de un Derecho de Gentes natural y positivo, generado éste en la costumbre*; en el holandés Hugo Groccio, con su *De iure belli ac pacis*, que sistematizó el Derecho de Gentes de su época; en el Maestro Soto (*De iustitia et de jure*); y en un sinnúmero de otros egregios teólogos, canonistas, juristas e historiadores.

El proceso de globalización, mundialización o universalización del Derecho Internacional también lo encontramos en Acuerdos, Convenciones, Congresos, Alianzas, Asociaciones y Academias, entre las que sobresalen, a título de ejemplo, el Congreso de Westfalia (1648), considerado como punto de referencia importante del Derecho Internacional moderno que puso fin a la guerra de los treinta años, nacida de la confrontación entre católicos y protestantes, por lo que en Onsabrück Suecia negociaba con los protestantes, y Francia con los católicos en Münster; mientras terminaba la época de los etnarcas<sup>5</sup> y se eliminaban los

*ordenamientos jurídicos superiores e inferiores de la alta Edad Media*; la Santa Alianza (1815); el Congreso de Viena (1814 - 1815); las Conferencias de La Haya (1899 y 1907), que tratan de la solución pacífica de las controversias internacionales, resaltando la supremacía del derecho sobre la fuerza; la Conferencia de 1904, promovida por Teodoro Roosevelt, presidente de los Estados Unidos de América; la creación de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1921); la Fundación Carnegie para la Paz Internacional; el Instituto de Derecho Internacional, etc.

Poco a poco se perfeccionan los principios y normas básicas de esa relación entre Estados independientes, sustentada en la representación permanente por medios de agentes diplomáticos que buscan un equilibrio entre intereses muchas veces contrapuestos, a base del respeto a su independencia y a su integridad territorial; la no intervención en sus asuntos internos; la igualdad soberana; la distinción entre mar territorial y alta mar o mar libre; la libertad de navegación y de tránsito; el concepto de ríos internacionales y de riquezas compartidas, que poco a poco llevó a la codificación del Derecho Internacional (Derecho de los Tratados; Derecho del Mar, etc.)

La Organización de las Naciones Unidas y la Carta de las Naciones Unidas, con sus organismos, resoluciones convenciones y acuerdos, es un eslabón importante de la universalización del Derecho Internacional.

La Carta de las Naciones Unidas tiene como principio fundamental el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional, pilares fundamentales de esa Organización, a más de otros principios y normas, todos con carácter de jus cogens, como los de igualdad soberana de los Estados; la buena fe en el cumplimiento de los acuerdos y convenciones; la solución pacífica de las controversias internacionales; la obligación de abstenerse del uso o amenaza de uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas; la no intervención en asuntos de jurisdicción interna de los Estados, propósitos y principios que son de aplicación general tanto a los Estados Miembros como a los Estados no Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, tal como consta y se deduce del párrafo 6 del artículo 2;<sup>6</sup> de los artículos 11<sup>7</sup> y 32,<sup>8</sup> del párrafo 2 del artículo 35,<sup>9</sup> y de los artículos 50<sup>10</sup> y 93 de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>11</sup>

Conforme al indicado párrafo 6 del artículo 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (*La organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacional*), ésta puede actuar respecto de los Estados no Miembros cuando son parte de situaciones que pueden afectar la paz y la seguridad internacional;<sup>12</sup> principio que ha sido invocado tanto en el Consejo de Seguridad como en la Asamblea General, entre otras muchas situaciones, en el caso español (petición de Polonia); en el litigio del estrecho de Corfú; Bulgaria y Hungría, por derechos humanos; etc., etc.<sup>13</sup>

El profesor Ahmed Mahiou, al comentar el parágrafo 6 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, manifiesta que cada vez se hace menos diferenciación entre Estados Miembros y no Miembros, usando expresiones que involu-

cran ambas situaciones, tales como *todos los Estados, todas las naciones, todos los Estados y todas las autoridades, las partes interesadas*, etc.<sup>14</sup>

Son trascendentales las transformaciones sociales originadas por el avance de la ciencia y la tecnología, especialmente en el campo de las comunicaciones<sup>15</sup> y en la explotación de los recursos naturales, que tienen que enfrentar una peligrosa explosión demográfica; las migraciones de poblaciones empobrecidas; las pandemias que arrasan con poblaciones enteras, especialmente en el África subsahariana; la defensa del medio ambiente, etc., que están interrelacionadas e inciden en el derecho.<sup>16</sup>

La globalización o mundialización, realidad económica y política, *suscita cuestionamientos en diversos campos del derecho*, originado en conflictos con el *Estado de Derecho* o el sometimiento de todos los actores sociales a la jurisdicción nacional, a base de la primacía del derecho (la legalidad del Estado y la Nación), como expresión asociada a los derechos fundamentales, amparado en la efectividad del *Estado - Nación*, en la que el ciudadano - que pertenece a una comunidad política de iguales, y a una comunidad nacional, en la que todos tienen la misma cultura, hablan el mismo idioma, practican la misma religión y veneran la misma historia- goza de derechos y participa en el proceso gestor del Estado.

Estos conflictos (mundialización económica, financiera y de mercados con el Estado de Derecho), que se originan o causan que este fenómeno (la globalización) sobrepase los conceptos del Estado - Nación, soberanía y fronteras, requieren *una nueva legalidad*. En otras palabras, la realidad económica y política de la globalización o mundialización requiere una nueva realidad jurídica, acorde con ella, que se asocie con esas transformaciones,<sup>17</sup> porque escapan, como dice Grün, *al control del Estado, realidad territorial con la desterritorialización de la riqueza, el poder y la información*, superando o situándose por sobre las *fronteras económicas*.

Para Anthony Giddens, sucesor de Karl Popper en la dirección del London School of Economics, la globalización *debe estar vinculada a un derecho internacional, al fomento de normas universales de derechos humanos y a una acción concertada para afrontar algunos de los conflictos que ha ocasionado, pero sin olvidar que lo global no es sólo una serie de conexiones económicas, ya que también ha habido un gran desarrollo del derecho internacional y del protagonismo de las organizaciones no gubernamentales (ONG) y de integración de valores*.

El Estado - Nación, que también se caracteriza por el poder coercitivo concentrado en sus órganos de poder se enfrenta hoy a lo que algunos califican como *desjerarquización del concepto de Estado Nacional como consecuencia, por un lado, de la aparición de entidades supranacionales gubernamentales y no gubernamentales, ... y por el otro de fortalecimiento de centros de poder internacionales* que, en definitiva es, como dice Walter Goodbar, citado por Ernesto Grün, *una de las consecuencias imprevistas de la globalización*.

La crisis del Estado - Nación repercute directamente en el concepto de soberanía, ligado al Estado, que *ha perdido mucho de su significado porque estamos en vías de pasar de Estados a comunidades económicas* (Simón Pers), transformación que lleva a la supremacía de las normas su-

pranacionales (de organismos regionales y universales) sobre las nacionales, como es el caso de los organismos regionales, que también influyen y afectan el rol del Estado.<sup>18</sup>

El concepto de soberanía como la potestad jurisdiccional del Estado, dictando y derogando leyes, identificada con la voluntad del Estado,<sup>19</sup> independiente de cualquier otro poder, característica del Estado centralizado, ha sido alterado por los fenómenos de la mundialización, especialmente en los campos de las finanzas, el comercio, los mercados, incluyendo a *los grupos regionales o de integración económica*, consecuencia del importante desarrollo tecnológico, fenómeno que se expresa, tal como lo afirma el Dr. Rodrigo Borja Cevallos, *en la apertura de mercados, en el comercio libre, en el flujo internacional de capitales, en la formación de amplias zonas de libre intercambio, la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias, la integración de grandes bloques económicos, ... en la que el capital ha encontrado su propia soberanía, y es libre de moverse internacionalmente y elige el Estado en que quiere trabajar, sin que el Estado pueda evitarlo, perdiendo así el control frente al capital globalizado.*<sup>20</sup>

Este fenómeno (la globalización o mundialización), que sobrepasa la voluntad del Estado, requiere que el Derecho Internacional encuentre fórmulas que permitan la implementación de normas que lo regulen y que respeten la voluntad del Estado, su soberanía, sus intereses, dentro del orden jurídico de la comunidad internacional, cuyos miembros primarios son los Estados soberanos, independientes e iguales, que lleva implícito el respeto, la coexistencia y la reciprocidad, a base de aplicar las normas y los principios por ellos aceptados,<sup>21</sup> esto es la aprobación necesaria de la relación del Estado con la comunidad internacional, de la que es miembro, que se sustenta, en última instancia, en que *la eficacia del Derecho Internacional está fundada en la voluntad común de los Estados, y en la validez de los principios jurídicos que en su conjunto forman el Derecho Internacional.*

La globalización o mundialización no sólo se identifica con los avances tecnológicos y científicos, especialmente en las comunicaciones, que permiten los intercambios financieros y comerciales destinados a conseguir la implantación del libre mercado, que tienen como efecto la interdependencia, sino también con el Derecho Internacional, que regula situaciones conflictivas y de cooperación, originadas o producidas por ese fenómeno económico y social, que muchos rechazan, con razón, por las injusticias implícitas del libre mercado, producto del capitalismo salvaje, y luchan por la implantación de *una radical reorientación de los objetivos del comercio hacia la justicia social y la definición de normas y valores aplicables a políticas comerciales y una democratización de las instituciones internacionales en nombre de todas las partes afectadas* (comercio justo, con tratamiento preferencial o de excepción para los países subdesarrollados, que contemple un ajuste equitativo de los precios) y que mediante Tratados no comerciales se puede *equilibrar la agenda liberalizadora, aplicada por la Organización Mundial del Comercio* (pero no limitada a ella) *para dar prioridad a objetivos sociales y ambientales, y citan como ejemplo la Convención sobre Biodiversidad*

*(con su Protocolo de Bioseguridad de Cartagena) y la Convención sobre Cambio Climático (y su Protocolo de Kioto), insistiendo que para ello debe fortalecerse el respeto de los derechos humanos* (abuso contra los derechos humanos, torturas, crímenes de guerra, actividades delictivas transnacionales, tráfico de personas, tráfico ilícito de drogas) *y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, y lograr así un efectivo y real funcionamiento de la economía mundial*<sup>22</sup> y la lucha contra los delitos internacionales mediante la institucionalización de los órganos coercitivos o de justicia supranacionales.

Para efecto de la lucha contra los delitos que se considera que afectan al orden internacional o que atentan gravemente contra los derechos humanos y el derecho humanitario, existen, al decir de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *dos medios importantes y complementarios para la implementación de la jurisdicción penal internacional: el enjuiciamiento a cargo de Tribunales Penales Internacionales y la aplicación doméstica del principio de jurisdicción universal*, que se basa, el uno, (los Tribunales Penales Internacionales) en la creación de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma, 1998), auténtica globalización de la justicia penal, con competencia para juzgar crímenes de trascendencia internacional de carácter *complementario a las jurisdicciones nacionales*, esto es que *ejerce su competencia en los casos que los Estados no puedan o no quieran juzgar a los responsables de crímenes horrendos, conforme a las reglas que establece el Estatuto, que conllevan responsabilidad penal; y el otro* (principio de la jurisdicción universal), *en la noción de que ciertos crímenes son tan dañinos para los intereses internacionales, que los Estados pueden - e incluso están obligados a - incoar procedimientos contra los perpetradores, independientemente del lugar de comisión del crimen o de la nacionalidad del perpetrador o de la víctima,*<sup>23</sup> principio que está considerado, según la misma funcionaria internacional, por la Corte Internacional de Justicia *en el caso que se está sustanciando sobre la orden de captura contra el Ex Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, dictada por un Juez de instrucción belga.*<sup>24</sup>

La violación a los derechos humanos subsistirá mientras subsista *la amplia brecha que separa los países ricos de aquellos en vías de desarrollo* (Mary Robinson, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos).

Son muy complejos y difíciles los problemas que la globalización plantea al Derecho Internacional, que contemplan a más de los ya esbozados, el de la contaminación del medio ambiente y el de las migraciones, que tiene, según Stephen Castle, especial importancia en las *transformaciones sociales contemporáneas*, y que afectan las *relaciones sociales, culturales, políticas e internacionales*, las estructuras económicas y los derechos fundamentales de la persona, así como la identidad nacional.

Es acertado el criterio de Anthony Giddens, para quien es necesario *un nuevo internacionalismo* que mire la globalización como una *realidad que nos impone mayor dependencia mutua.*

## NOTAS

1. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Vigésima segunda edición. Octubre de 2001.
2. Enciclopedia de la Política, Rodrigo Borja Cevallos, Fondo de Cultura Económica. México. Edición 1997.
3. Denis Duecos. La globalisation, va-t-elle unifier le monde?. Le Monde Diplomatique de agosto de 2001
4. Escuela italiana de Manciní Cantuzi, Pierantoni, etc, y pensamiento del Padre de la Patria, que en la Carta de Jamaica afirmaba que es *una idea grandiosa pretender formar de todo el mundo nuevo una sola nación, con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo, ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por consiguiente tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse.*
5. Territorios gobernados por etnarcas o gobernadores, en el bajo imperio.
6. Artículo 2, 6: *La organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacional*
7. Artículo 1 2: *La Asamblea General podrá discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas o del Consejo de Seguridad, o que un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas presente de conformidad con el artículo 35, párrafo 2, salvo lo dispuesto en el artículo 12, podrá hacer recomendaciones acerca de tales cuestiones al Estado o Estados interesados o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquellos. Toda cuestión de esta naturaleza con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla.*
8. Artículo 32: *El Miembro de las Naciones Unidas que no tenga asiento en el Consejo de Seguridad o el Estado que no sea Miembro de las Naciones Unidas, si fuera parte de una controversia que esté considerando el Consejo de Seguridad, será invitado a participar sin derecho a voto en las discusiones relativas a dicha controversia. El Consejo de Seguridad establecerá las condiciones que estime justas para la participación de los Estados que no sean Miembros de las Naciones Unidas.*
9. Artículo 35, 2: *Un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas podrá llevar a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General toda controversia en que sea parte si acepta de antemano, en lo relativo a la controversia, las obligaciones de arreglo pacífico establecido en la Carta.*
10. Artículo 50: *Si el Consejo de Seguridad tomare medidas preventivas o coercitivas contra un Estado, cualquier otro Estado, sea o no Miembro de las Naciones Unidas, que confrontare problemas económicos especiales originados por la ejecución de dichas medidas, tendrá el derecho de consultar al Consejo de Seguridad acerca de la solución de esos problemas.*
11. Artículo 93, 2: *Un Estado que no sea Miembro de las Naciones Unidas podrá llegar a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo con las condiciones que determine en cada caso la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad.*
12. El Pacto de la Sociedad de las Naciones contenía una disposición similar (Art.16 y 17).
13. Polonia (Estado Miembro) contra España (Estado no Miembro), en el Consejo de Seguridad, acusando que las actividades del gobierno de Franco constituían una amenaza a la seguridad internacional, y solicitando la aplicación del artículo 2, 6; Litigio del estrecho de Corfú, entre Gran Bretaña (Estado Miembro) y Albania (Estado no Miembro); Problemas respecto a los derechos humanos en Bulgaria y Hungría y a los relacionados con las fronteras griegas, la cuestión palestina, el conflicto vietnamita, etc. Casos citados por Ahmed Mahiou, profesor en la Universidad de Algeria, Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Comentario al párrafo 6 del artículo 2 de la Carta. La Charte des Nations Unies, commentaire article par article, sous la direction de Jean-Pierre Cot et Alain Pellet Economica-Bruylant, 1985.
14. Ahmed Mahiou, Profesor en la Universidad de Algeria, Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en un comentario al párrafo 6 del artículo 2 de la Carta. La Charte des Nations Unies, commentaire article par article, sous la direction de Jean-Pierre Cot et Alain Pellet Economica-Bruylant, 1985.

## NOTAS

15. *Aviación, télex, fax, internet, televisión, telefonía, comunicaciones satelitales, exploración interplanetaria.*
16. *No existe una sino muchas globalizaciones, por ejemplo la de la información, de las drogas, de las pestes, de la ecología y naturalmente ante todo de las finanzas. Aparece también una gran complicación porque las globalizaciones avanzan con velocidad muy diferente.* Butros Butros Gali, ex Secretario general de la Organización de las Naciones Unidas.
17. *La globalización ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política. La globalización está minando o erosionando la soberanía.* Ernesto Grün. *Hay poderosas fuerzas de globalización actuando en el mundo moderno, que arrastran consigo al derecho.* Benjamín R. Barber.
18. Unión Europea: Tratados de Libre Comercio de América del Norte, Mercosur, Comunidad Andina de Naciones, el ALCA, etc.
19. La revolución francesa identificó la soberanía con la voluntad del pueblo.
20. Enciclopedia de la Política. Rodrigo Borja Cevallos. Fondo de Cultura Económica. México. Edición 1997
21. El artículo 2, párrafo 7 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas dice: *Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimiento de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.*
22. Declaración de La Habana, noviembre 18 de 1999.
23. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas establece el ejercicio de la jurisdicción universal por presuntos actos de desaparición forzada, disposición también contemplada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.*
24. La International Law Association objetó la aplicación de la jurisdicción universal con el argumento de la inmunidad soberana.

# Postmodernidad y pluralismo jurídico

*Fernando de Trazegnies  
Granda*

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este ensayo es intentar una reflexión sobre la manera como el Derecho puede encarar el problema de la diversidad de culturas y tradiciones que existen en el interior de muchos de los países de América Latina. En otras palabras, quisiera plantear el problema de las relaciones entre multiculturalidad y pluralismo jurídico.

Usualmente, este tema es enfocado desde la perspectiva de la tradición y la modernidad: el pluralismo jurídico, entendido como un reconocimiento legal de la multiculturalidad, es propuesto como una afirmación -o como un rescate o incluso como una reivindicación- de nuestra tradición. Dicho de otra manera, la tradición, con todo su aspecto multicolor, representaría lo auténtico, lo nacional, lo que es admitido sin reparos; en cambio, la modernidad sería lo foráneo, lo invasor, lo extranjero, lo europeo, lo sospechoso y aún lo peligroso para la conservación de la identidad nacional.

No cabe duda que es importante vincular nuestras culturas actuales con el pasado, establecer los antecedentes genéticos, genealógicos, de nuestro ser propio. Sin embargo, esa perspectiva conlleva también un grave riesgo de romanticismo y de nostalgia: el pasado se convierte en el original y el modelo, el prototipo y el modelo a imitar, y todos nos ponemos bucólicos y pastoriles. No debemos olvidar que la vida no se juega en el pasado sino en el presente, de cara hacia el futuro. Por ello, pienso que el pasado y la tradición tienen que ser proyectados hacia adelante: no pueden servir de freno ni menos de impulso para un retroceso frente a la modernidad, sino que deben constituir más bien un estímulo para una superación de la modernidad en una postmodernidad enriquecida con nuestras divergencias y nuestras originalidades.

Estas últimas consideraciones me llevan, entonces, a presentar el problema desde un ángulo diferente: lo fundamental de la cuestión no se encuentra en la relación tradición-modernidad sino en la relación modernidad-postmodernidad.

## II. LA MULTICULTURALIDAD EN AMÉRICA LATINA

Ante todo, debemos comenzar por plantear la existencia de la multiculturalidad, no como un simple rezago del pasado sino como un hecho actual: las diferencias culturales no son meros fantasmas que nos llaman desde el pasado y que evocan coherencias perdidas en el tiempo, sino que son vivencias efectivas de los diferentes sectores de nuestra población.

En verdad, no hay país moderno que no sea un crisol donde se han fundido múltiples culturas, donde valores, creencias y formas sociales muy diferentes no se hayan dado cita de manera más o menos tumultuosa. Sin embargo, algunos países han logrado integrar esos ingredientes al punto de formar nacionalidades nuevas, culturas distintas y propias; otros, no han tenido el mismo éxito y, si bien ninguna de las culturas que los componen han quedado incontaminadas, el crisol no ha logrado fusionarlas a todas en una sola cultura nueva. Es fundamentalmente en este último caso que hablamos de multiculturalidad.

América Latina presenta muchos casos (no todos) de países multiculturales. Incluso ya en tiempos prehispánicos, el territorio de esos países alojaba una gran diversidad cultural: diferentes lenguas, diferentes pueblos, diferentes religiones y, presumiblemente, diferentes formas de organización social. Habían culturas andinas y culturas costeñas, pueblos de agricultores y pueblos de pescadores, adoradores del Sol y adoradores de la Luna, con las consecuencias importantísimas que estas diferencias conllevan.

Algunos de esos pueblos intentaron una integración, afirmando políticamente su cultura sobre las otras a través de una conquista. El Imperio Incaico en Perú, el Imperio Azteca en México, para no citar sino los casos más cercanos en el tiempo, trataron de organizar como un solo Estado a diversos pueblos. No lo lograron completamente pues, al llegar los españoles y desafiar el poder aglutinador de esos imperios, la debilidad de la integración se puso de manifiesto: las diferentes etnias que conformaban los imperios aprovecharon para plantear sus reivindicaciones y muchas veces apoyaron a los españoles en contra de la autoridad imperial prehispánica, facilitando el triunfo de estos extranjeros porque consideraban también al Imperio como foráneo, en tanto que los había sojuzgado para hacerlos formar parte de un mundo -quechua, azteca- con el cual no tenían una plena identidad cultural.

Durante el Virreynato, aun cuando de hecho se va a producir una cierta integración a través del mestizaje, el Derecho occidental y la concepción social europea contribuyen -a veces con la mejor de las intenciones- a marcar las diferencias, redistribuyendo la diversidad cultural en formas antes no conocidas. La preocupación oficial del Gobierno español de proteger al indio lleva a la creación teórica de dos mundos coexistentes: la república de indios y la república de españoles, acentuando de esta manera la separación de estos dos grupos sociales. El evidente mayor poder de facto de la república de españoles lleva a no sólo establecer una diferencia sino también a disponer una jerarquía: la república de indios quedará sometida a la república

ca de españoles. Y, lo que es más grave, aquellos que podrían haber representado precisamente el éxito de la fusión entre las dos razas y las dos culturas, quedan sin sitio dentro de esa sociedad: el mestizo no es ni indio ni español y se siente un paria respecto de ambas repúblicas. Por ello no tendrá más remedio que mimetizarse con una o con otra, perdiendo su identidad propia; dada la predominancia de la república de españoles, ese mestizo intentará generalmente ser español a toda costa.

La República termina con la división jurídica entre estos dos grupos sociales y pretende, dentro de la línea del pensamiento liberal, tratar a todos los hombres por igual: no hay indios ni criollos sino simplemente ciudadanos a secas. Sin embargo, el ciudadano a secas es una abstracción. En la realidad, siguen habiendo de un lado indios oprimidos, cuya opresión ahora se encuentra cubierta por un manto de aparente igualdad ante la ley, y de otro lado mestizos que han reemplazado a los españoles pero que quieren jugar el mismo juego que los españoles. Por otra parte, durante la República la diversidad cultural aumenta debido a los movimientos migratorios: los chinos, los italianos, los alemanes, los japoneses y otras emigraciones que recibe América Latina, serán otros tantos grupos culturales que se suman a ese mosaico que en cada nuevo Estado intenta dificultosamente adquirir una personalidad nacional.

De esta manera, muchos de los países latinoamericanos de hoy son extraordinariamente complejos: tienen efectivamente una realidad multicultural, en la medida que todas esas raíces culturales no se han logrado integrar totalmente y los diferentes grupos muestran todavía características propias.

Pero tampoco debe pensarse que se trata de un conjunto de grupos perfectamente diferenciados, cuyos límites y cuya estructura cultural interna puede ser fácilmente establecida. En primer lugar, no existen subculturas puras sino que cada uno de los grupos nacionales de alguna manera incorpora elementos de los otros: las dosis de los distintos componentes son distintas, es verdad, y ello es lo que permite distinguir a unas culturas de otras; pero todas participan en mayor o menor grado unas de otras. Aun el latinoamericano más occidentalizado es visto como un ser diferente por los europeos, es percibido con rasgos que lo distinguen de los españoles. Y el indio más autóctono no deja de tener, dentro de su propia identidad india, un gran número de elementos occidentales: su religión, su lengua, su vestimenta, muchos de sus valores y hasta sus formas de organización social, han recibido marcadas influencias españolas. En segundo lugar, hablar de un hombre latinoamericano occidental o de un hombre latinoamericano indio sigue siendo una abstracción; porque debajo de esas categorías encontramos a su vez una gran diversidad.

### III. RESPUESTA MODERNA FRENTE A LA MULTICULTURALIDAD

Ahora bien, si pensamos que el Derecho es una estructuración normativa que resulta de un complejo tejido de valores compartidos, de consensos y de prácticas sociales, entonces deberíamos concluir que a diferentes culturas les corresponden diferentes Derechos: la multiculturalidad exige el pluralismo jurídico.

Sin embargo, la modernidad, ya sea en su versión libe-

ral, ya sea en su versión socialista, no compartió este punto de vista. Por el contrario, pretendió suprimir las diferencias culturales y crear un Derecho homogéneo con vocación de universalidad.

#### 1. El planteamiento de la modernidad

Aquello que hoy llamamos modernidad es el pensamiento que surge de la filosofía de la ilustración y que, de una manera u otra, aún impregna nuestras mentalidades y nuestras instituciones. Fundamentalmente consiste en una primacía de la razón y, consecuentemente, una exaltación de la subjetividad individual.

La ilustración estuvo convencida de que la razón -considerada fundamentalmente desde una perspectiva instrumental- era el único criterio que el hombre debía tomar en cuenta para formarse una opinión de las cosas y para construir su organización social. Esta manera de pensar era verdaderamente revolucionaria: toda tradición debía ser replanteada a la luz de los fines del individuo y de la razón instrumental. Ello significa que las tradiciones no tienen derecho alguno por sí mismas y que deben ser más bien objeto de desconfianza y de inspección.

De otro lado, este uso corrosivo de la razón revaloriza al individuo, pues cada hombre debe formarse una opinión por sí mismo, con la sola ayuda de su razón: la autoridad, la historia, las costumbres, las formas sociales como se organizan las diferentes comunidades culturales, todo ello debe ser cuestionado por cada individuo, para luego decidir racionalmente el futuro que se quiere tener, más allá de toda creencia o valor meramente cultural. El hombre deja de mirar al pasado para volcarse hacia el futuro, sin trabas ni ataduras. Y como se cree en el hombre, como se tiene una visión optimista de la naturaleza humana, surge la convicción del progreso universal y permanente de la humanidad.

Por otra parte, una vez que los grupos tradicionales y las formas culturales históricas han sido desactivados, quedan solamente los individuos unos frente a otros. Y estos individuos son todos iguales, cualquier diferencia es anecdótica y no debe ser tomada en cuenta. En consecuencia, las pautas racionales serán comunes a todos los hombres y así se pueden (y se deben) abandonar los derechos locales para aspirar a un Derecho nacional y quizá universal. Las etnias se disuelven en individuos y éstos comparten su naturaleza integrándose en una humanidad, que es una noción común y general. En consecuencia, toda diferenciación basada en elementos tradicionales no podía ser sino un obstáculo para ese progreso, que es la promesa permanentemente renovada que el hombre se ha hecho a sí mismo.

Los pensadores de la modernidad percibieron con claridad la vocación universalizante de las nuevas ideas. Kant, quizá el teórico más importante del nuevo Estado de Derecho, planteó la necesidad de generalidad como elemento fundamental de la nueva ética que debía fundar la sociedad moderna: obra de manera que tus actos puedan obedecer a una ley general, decía; esto es, el mundo humano debe ser coherente, debe guardar consistencia lógica. Kant instaura la razón como Tribunal Supremo, ante el cual deben juzgarse todos los actos y todas las formas sociales; y esta razón es universal porque es parte de la naturaleza humana, más allá de sus diferencias circunstanciales. La sociedad humana es una sola; las diferentes culturas no son sino aspectos anecdóticos; por ello, la organización social debe



plantearse como una sociedad de hombres libres e iguales, sujetos todos a las mismas leyes, sin diferenciaciones. Esta disolución de las particularidades en el océano generalizante de la racionalidad lleva a Kant hasta la convicción de que es posible establecer un Derecho universal que, por encima de las diferencias entre personas, grupos sociales o culturas, pueda establecer una paz perpetua.<sup>1</sup>

La teoría económica del mercado hará suyo este impulso universalizante a fin de organizar espacios económicos en los que el intercambio sea facilitado por la homogeneidad de las formas sociales que existe en su interior. Y estos espacios o mercados tienden a ensancharse aspirando a constituir un solo gran mercado mundial, dentro de ese mundo al que se le ha prometido la paz perpetua bajo un Derecho común a todos los hombres. Una vez más, las particularidades culturales son consideradas como elementos retrógrados que dificultan la modernización.

Para Max Weber, la modernidad consiste en una mentalidad y en una forma de organización social, que se ordena racionalmente de acuerdo a fines y que da lugar a *homogeneidades, regularidades y continuidades*.<sup>2</sup> Esta universalización responde a una necesidad económica de crear un mercado unificado, donde los actores libres puedan intercambiar con más facilidad sus bienes y servicios. Pero responde también a una nueva concepción de la razón: no será la facultad de aprehender la realidad sino las estructuras formales que se esconden detrás de la realidad y la hacen una sola a pesar de su aparente diversidad. Hay en la razón moderna una evidente influencia matemática: la razón simplifica, elimina lo caótico de la realidad y generaliza, a la manera como la geometría resuelve las complejas figuras de la realidad en círculos, cuadrados, triángulos. Esa razón moderna tiene horror a lo confuso, a lo irregular, a lo particular: lo complejo no puede ser sino una determinada vinculación de elementos simples a través de estructuras perfectamente determinables; cuando esto no sucede, no estamos ante algo complejo sino ante algo confuso, estamos ante un caos que es inmanejable racionalmente y, por consiguiente, representa un mal a evitar.

Los efectos homogenizadores de la modernización son notorios y los comprobamos a todo nivel de la vida social. Las unidades de medida se hacen menos naturales, más abstractas, pero más generales y se las somete al orden y a la disciplina rigurosa del sistema decimal. Sobre las medidas anatómicas (como el pie, la pulgada, el codo y otras similares) cuyo tamaño variaba de localidad en localidad, se impone una medida absolutamente racional, matemática, como el metro; y aun en los países en que las antiguas medidas subsisten, éstas son estandarizadas a fin de hacerlas intercambiables. Las monedas asumen valores estables que las hacen fácilmente convertibles unas a otras.

En el plano político, nace el Estado central que sustituye una administración disgregada en múltiples autoridades sin una relación clara entre sí, por un sistema nacional de gobierno donde cada autoridad es parte del mismo. Y la gran aspiración es llegar a crear un sistema universal, que organice políticamente a la humanidad toda. En el plano social, las particularidades premodernas, que existían bajo la forma de privilegios y jerarquías, desaparecen igualmente: todos los hombres son iguales. En el plano jurídico, las tendencias universalizantes suprimen la pluralidad de regímenes normativos según las localidades y pretenden crear

también sistemas jurídicos nacionales, a través de una Constitución que establezca las bases precisamente del Estado central y de códigos y leyes emitidas monopolísticamente por un congreso nacional. La evolución moderna del Derecho pretende eliminar la casuística y la multiplicidad de fuentes normativas independientes, a fin de imponer un sistema unificado, basado enteramente en la razón. Como es obvio, la costumbre cae en desgracia debido a su diversidad y a su falta de coherencia: no es el resultado de la razón (como lo es la ley) sino de la historia, por lo que no puede ser aceptable; y cuando no hay más remedio que reconocer su fuerza imperativa, debe quedar subordinada a la ley. El Derecho elimina su diversidad de fuentes y de formas de aplicación, se despoja de todo localismo y se convierte en sistema. En adelante, el Derecho se define como un grupo de normas, instituciones y patrones de conducta emanados de una autoridad central, que aspiran a una coherencia interna y cuya aplicación debe hacerse de manera consistente por una organización judicial centralizada a partir del Estado. Este sistema jurídico tiene vigencia general e insiste en conservar su autonomía respecto de las convenciones religiosas, costumbres e incluso de las intervenciones puramente políticas de la autoridad.<sup>3</sup>

Es interesante advertir cómo el pensamiento moderno, aun en su versión liberal que aparentemente debería colocar el énfasis en un elemento creador de diversidad como es la libertad, en el fondo sigue siendo un poco totalitario: hay una determinada noción de razón y de libertad que se impone autoritariamente sobre todas las otras y elimina la diversidad. Evidentemente, este aspecto sistemático y universalizante de la modernidad no es exclusivo de la versión liberal sino que también se presenta -y quizá con un mayor dramatismo- en la versión socialista. La planificación central intentó también crear una sociedad homogénea y consistente, sin particularidades culturales que pudieran perturbar los mecanismos de dirección de la economía. Basta recordar la política de destrucción minuciosa de las particularidades sociales llevada a cabo por el Estado soviético en las zonas de cultura islámica, en aras de la construcción de la sociedad socialista.

Los medios con que cuenta la sociedad moderna para imponer una determinada racionalidad sobre las otras y para vigilar y castigar cualquier desviación,<sup>4</sup> han sido muchos: la educación, los medios de comunicación de masas, los métodos de trabajo, las formas de organización social y económica y hasta la medicina y la psiquiatría.<sup>5</sup> El Derecho ha sido uno de ellos, cerrando la puerta a la juridicidad consuetudinaria, concentrando en una fuente única la producción normativa y en un sistema único la administración del Derecho.

Esta presión de la modernidad sobre la diversidad cultural, intentando sofocarla y homogenizarla, se advierte desde el planteamiento del problema.

Cuando en un país multicultural nos preguntamos sobre la posibilidad de conservar esa pluralidad de culturas, usualmente lo hacemos en términos de tradición y modernidad; en otras palabras, la pregunta es cuánto debe la modernidad imponerse sobre esas culturas diferentes, en qué medida pueden y deben subsistir ciertas tradiciones a los embates de la modernización. Reconocemos así que la modernidad debe nivelar el terreno y nos preguntamos únicamente sobre las excepciones, sobre aquellas construcciones

del pasado que merecen subsistir a pesar de todo.

Un ejemplo interesante de este conflicto teórico del pensamiento moderno entre la idea de una racionalidad universal y la existencia de etnias diferenciadas o de grupos culturales diferentes, se ha presentado con motivo de la Conferencia Cumbre de la Tierra habida en Río de Janeiro. En las sesiones de las Naciones Unidas preparatorias de ese Congreso Mundial, Francia objetó un párrafo de una de las propuestas de convenciones porque hablaba de pueblos indígenas en plural. La representación francesa, fiel a los principios de la Revolución, defendía que el pueblo es uno solo, porque todos los hombres son iguales; por consiguiente, no puede admitirse una referencia jurídica que reconozca la existencia de diferentes pueblos dentro de un mismo país debido a que ello atentaría contra la igualdad y resquebrajaría la idea de un Estado unitario.

## 2. La antinomia del pensamiento liberal

En el fondo, el pensamiento moderno -aun en su forma liberal y ciertamente en su forma socialista- no se apoya en la pura subjetividad sino que advierte la necesidad de una cierta objetividad, de un cierto orden general, precisamente para conservar (hasta donde sea posible) la subjetividad, para evitar el riesgo de una desintegración social a causa de un individualismo exacerbado.

Esta desaparición de las individualidades dentro de una concepción universalizante de la sociedad es particularmente desconcertante cuando nos referimos a la modernidad liberal que, por definición, pretende centrarse en el individuo. A pesar del acento en el subjetivismo individualista del pensamiento liberal, la razón termina adoptando una forma avasalladora, que doblega la subjetividad, la obliga a someterse a sus exigencias generales: la exaltación del individuo no conduce, paradójicamente, a un mundo de la subjetividad sino a una nueva objetividad; no lleva a una desagregación de particularidades sino a una nueva totalización más completa que cualquiera anterior porque se asienta en la razón universal.

Es que la modernidad introduce en el pensamiento liberal un cierto carácter antinómico. Si bien parte de una afirmación radical de la subjetividad, luego construye con carácter objetivo un mundo en donde la subjetividad sea posible. Dicho de otra manera, la modernidad liberal afirma la libertad como único elemento creador de valor y, por consiguiente, sostiene que los valores son subjetivos en la medida que cada hombre define sus propios valores. Pero la libertad es en sí misma un valor objetivo que no puede ser refutado por ninguna subjetividad; y la sociedad que posibilita la vida en libertad es un valor universal. Hay, como decía Hegel, una conciencia contradictoria de ese sujeto que se aprehende al mismo tiempo como sujeto y como objeto. De esta antinomia se van a seguir dos líneas contradictorias que buscan infructuosamente conciliarse a través tanto de la teoría como de la praxis liberal: de un lado, se afirman los derechos del individuo, la libertad de contratar, la propiedad absoluta, el derecho a que cada uno organice su vida como mejor le parezca; de otro lado se afirma la necesidad de una autoridad, las leyes que establecen límites a la libertad contractual, las restricciones a la propiedad en aras del interés general, la sumisión a leyes generales y comunes para todos los ciudadanos, la supresión de la diver-

sidad cultural precisamente en aras de construir una sociedad libre. De un lado, la modernidad planteará una exaltación del individuo, de la libertad creadora, de la originalidad, de todo lo que representa la subjetividad: todo valor pretendidamente objetivo es puesto en duda, todo es sometido al análisis. Ya no hay objetividades preconstituidas, como la tradición; las cosas no se aceptan porque son tradicionales sino porque, examinadas a la luz de nuestro interés, son ventajosas. Pero, de otro lado, estos intereses individuales, fragmentarios, deben ser organizados de acuerdo a ciertos criterios: el individuo tiene que guardar una coherencia entre sus intereses y entre éstos y sus actos; y el conjunto de individuos, la sociedad, tiene a su vez que compatibilizar esos intereses de los individuos. De ello se deduce una serie de situaciones y de imperativos ineludibles: debe haber leyes comunes, las leyes tienen que ser respetadas por todos, etc. Y esta antinomia estará presente en los conflictos entre teoría y hechos, entre razón y deseo, entre individualidad y socialidad.<sup>6</sup>

El papel ordenador de esa nueva objetividad le corresponderá a la razón kantiana. Actuar racionalmente significará obrar conforme a una concepción general y sistemática: *obra de manera que tus actos puedan convertirse en ley universal*, conforme a la máxima de Kant. De esta manera, la razón evalúa los intereses, no en función de valores objetivos, no de acuerdo a una moral de contenidos, sino simplemente en su coherencia interna, en su relación con los fines propuestos, en la compatibilización dentro de un todo social: la razón se propone construir un orden en el que cada individuo se sienta libre y pueda ser fiel a su propia subjetividad; pero ese orden que libera y garantiza la subjetividad tendrá un carácter objetivo. En esta forma, la razón censura, tolera, admite, promueve, recorta, prohíbe, en una palabra, se impone objetivamente sobre la subjetividad individual: los individuos y los grupos pueden hacer lo que quieran siempre que mantengan la racionalidad del sistema; y esa racionalidad, que aparentemente no consiste en otra cosa que en conservar y promover las condiciones para que cada uno pueda hacer lo que quiera, exige que tales condiciones sean generales y, consecuentemente, suprime la diversidad que hubiera resultado de la pura libertad de los individuos.

## III. EL DESENCANTO POSTMODERNO

Observamos, entonces, que la modernidad -tanto en su versión socialista como en su versión liberal- intentó cancelar las diferencias culturales con el objeto de crear una sola humanidad formada por hombres libres e iguales. Como consecuencia de ello tuvo animadversión contra las diferencias culturales, las autonomías regionales y el pluralismo jurídico: todo aquello que afectara la generalidad de la ley y la integridad sin resquicios del Estado era sospechoso de subversión de la modernidad. Debemos preguntarnos ahora si la postmodernidad debe continuar dentro de esta línea o quizá regresar a la tradición diferenciada de las culturas y subculturas que han sobrevivido a las estrategias generalizadoras de la modernidad o si quizá debe intentar una alternativa diferente.

### 1. ¿Qué es el postmodernismo?

¿Qué propone el postmodernismo del que tanto se habla recientemente? ¿Nos ofrece algún nuevo instrumento conceptual para manejar la diversidad cultural y la pluralidad de sistemas jurídicos?

El postmodernismo es, en realidad, ante todo un desencanto exasperado frente a la modernidad, frente al carácter universalizante del pensamiento moderno. Es, de un lado, una irritación por la desaparición de las particularidades dentro de una universalidad racional que parece engullir toda identidad disconforme. Es también un escepticismo frente a todo aquello que presuma de valor universal; es decir, frente a todo aquello que constituya una metanarrativa, para utilizar una expresión que utilizan los postmodernos como herencia del origen de crítica literaria de esta posición. Es, finalmente, una desilusión y una desconfianza frente a la razón misma, en tanto que instrumento de homogeneización y de universalización.

Los postmodernistas tienen una gran incredulidad frente a las teorías comunes, frente al pensamiento generalizante: la teoría, para ser admisible, tiene que dejar de ser universal y ahistórica. En el postmodernismo hay una rebelión contra una razón demasiado rígida y totalizante, que todo lo simplifica y que construye sistemas cerrados que todo lo explican. Pero, al mismo tiempo, el pensamiento postmoderno no es un mero atomismo, no es una vuelta a un mundo premoderno de la particularidad. Hay también una gran preocupación por el todo, una necesidad intelectual de colocar los textos dentro de sus contextos, un afán de comprender la totalidad no como una suma de elementos simples al estilo de la ciencia moderna sino en tanto que totalidad irreductible. Esta tensión entre las partes y el todo, este esfuerzo de comprensión de lo general sin convertirlo en un conjunto de particularidades pero, al mismo tiempo, sin perder la diversidad, se advierte en los procesos históricos que están viviendo las zonas del mundo hastiadas de modernidad: se establecen nuevos vínculos supranacionales pero, paradójicamente, a la vez que se pierde la importancia del Estado se recupera la importancia de las regiones y de los grupos culturales, a veces hasta en forma dramática, como lo que sucede en Yugoslavia.

Dicho de otra manera, la postmodernidad es la búsqueda de un orden social no lineal, dinámico, que no sacrifica la diversidad, con la ayuda de una razón que no requiere esquematizar para entender sino que respeta lo complejo en tanto que complejo con toda su variedad y que trata de incorporar dentro de ese orden abierto las posibilidades del azar, de la libertad y de la complejidad, sin que ello constituya un desorden.

Por eso, si a algo podemos asociar el postmodernismo es a la diversidad y al pluralismo. El postmodernismo pone especial atención a las diferencias de todo tipo: diferencias de lógica y de discurso, diferencias de valores estéticos, diferencias de visiones del mundo. No he encontrado todavía la expresión de un postmodernismo jurídico; pero no me cabe duda de que cuando se plantee, propondrá el reconocimiento de las diversidades culturales y la aceptación de diferentes formas de regular la vida social.

En ese sentido, el postmodernismo nos ofrece una línea de trabajo interesante frente al problema que nos preocupa.

Sin embargo, las corrientes que actualmente se han proclamado postmodernistas constituyen una mezcla de ten-

dencias bastante diversas; y tenemos que distinguir ese postmodernismo que hemos reseñado de algunas posiciones extremas que llegan hasta evitar todo proyecto y hacer casi imposible toda generalización. Rechazan por principio toda intención de propuesta, ya que ello sería volver a la imposición de un sistema, y se quedan simplemente en la crítica de la modernidad; pero, al rescatar la multiplicidad de la realidad, pierden totalmente de vista la unidad. La posición postmodernista extrema es una suerte de anarquismo intelectual que condena todo sistema, reivindica indiscriminadamente los particularismos, dignifica a priori lo irracional y se refugia muchas veces en un relativismo: todo es bueno, en principio; no hay criterios universales de bien ni de gusto estético ni de coherencia. Es por ello que en la arquitectura, campo en el que el postmodernismo ha tenido especial influencia, el postmodernista puede colocar columnas corintias a un edificio de cristales porque nada resulta incompatible, toda diversidad es admisible y, en cambio, todo intento de coherencia resulta totalitario. De esta manera se constituye una postmodernidad que no es sino la expresión de un resentimiento contra la modernidad, de un nihilismo que destruye los ídolos que Occidente ha venerado en los últimos siglos (filosofía de la ilustración, liberalismo político, individualismo, economía de mercado, etc.), pero que es incapaz de proponernos una visión optimista de un mundo sin ídolos. Su resentimiento lo lleva a confundir con ídolos a todo aquello que destaque, a todo temor de elitismo, a todo aquello que organice el mundo, que pretenda sistematizarlo y contra la jerarquía implícita en toda organización y sistema.

En el fondo, el postmodernismo tiene una herencia nietzscheana: el hombre postmodernista pretende alcanzar ese estado de espíritu libre que propugnaba Nietzsche, percibiendo el elemento de perspectiva de toda apreciación, haciéndose dueño de las virtudes que antes eran dueñas de él.<sup>7</sup> Pero Nietzsche advirtió que la necesaria crítica del pasado nos podía conducir al nihilismo, es decir, al rechazo radical del valor y del sentido, al planteamiento de que no hay ninguna verdad, ninguna cualidad absoluta de las cosas, ninguna cosa *en sí*,<sup>8</sup> y señaló que el nihilismo representa un estado patológico, que es transitorio y que se produce porque las fuerzas productivas de los nuevos valores no son todavía bastante fuertes.<sup>9</sup>

### 2. La postmodernidad como proyecto

Me gustaría tratar de concebir la postmodernidad como un proyecto, aunque ello suene como una herejía a los oídos de los postmodernistas radicales, quienes probablemente tomarían la idea como un disfrazado regreso a la denigrada modernidad. Quisiera entender el postmodernismo no como una filosofía simplemente negativista y desintegradora sino como un impulso creador, optimista, que condena severamente los errores de la modernidad, pero que no se queda en la crítica sino que pretende reconstruir el mundo utilizando los mejores materiales del pasado.

En este sentido, habría que abogar por un postmodernismo que no menosprecie la modernidad -con la cual se encuentra genéticamente ligado- sino que la lleve hasta sus últimas consecuencias, que la libere de algunas rigideces y la haga trascenderse a sí misma. En ese sentido, el pensamiento postmoderno no puede ser una mera desilusión frente a una razón que se ha hecho algo totalitaria, sino un esfuerzo de organización no totalitaria, no lineal ni mecánica.

No puedo aceptar ese postmodernismo desencantado que, en el fondo, niega toda posibilidad de creación y de verdadera ruptura cuando se limita a aceptar todo lo que hay sin emitir un juicio, sin pretender sistematizar y articular: valores, culturas, gustos estéticos, todos pueden coexistir sin orden ni concierto. Ese es un postmodernismo del que Habermas ha dicho, probablemente con razón, que puede tener un espíritu neo-conservador;<sup>10</sup> pero a ello habría que agregar que es un neoconservadurismo que cae en la mediocridad y en el kitsch, es decir, en *un arte que evita sistemáticamente una organización elaborada en la que todos los elementos estén interrelacionados y se integren sin fisuras en una unidad de rango superior.*<sup>11</sup>

Pienso que es importante comprender el mundo en su complejidad y en su diversidad; pero ello no implica la abolición del orden. La razón de la Ilustración tenía el esquematismo y el formalismo de las matemáticas clásicas: el mundo no era sino un conjunto de figuras geométricas, de cuadrados, círculos y triángulos; el razonamiento perfecto era el silogismo lineal, estricto. Pero hasta las matemáticas están cambiando en el mundo de hoy y nos hacen ver que la naturaleza no está formada por figuras geométricas de líneas simples dentro de un mundo perfectamente mensurable sino por una riqueza inusitada de formas cuya organización no es un obstáculo para la diversidad y cuyas estructuras son tan abiertas y libres que a cada momento se topan con el infinito.

La postmodernidad debe ser, entonces, el reconocimiento del orden dentro de la diversidad y de la diversidad dentro del orden, la cosmovisión que no considera la turbulencia y el caos como monstruos ininteligibles dentro de la naturaleza sino como formas dinámicas de las relaciones entre lo uno y lo múltiple. Y el Derecho de la postmodernidad debe rescatar la diversidad cultural y normativa, debe abandonar sus urgencias universalistas y establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple, que no intente colocar una camisa racional de fuerza a la riqueza y a la variedad cultural.

El reconocimiento de la diversidad no puede significar de ninguna manera la caída en un mundo de lo particular, donde nada arma con nada. Creo que hay que rescatar alguna forma de metanarrativa; cuando menos, una manera de articular nuestra visión del mundo y nuestra actitud frente al mundo, que constituya a la vez una explicación y una orientación: sin ello no hay ninguna razón para actuar porque no hay ningún criterio mejor que otro, todo pierde sentido por igual.

Pero esa metanarrativa debe ser abierta. No puede ser una teoría del hombre y de la sociedad que ahogue la creatividad del individuo ni que pretenda fundir en un solo molde la diversidad de los grupos culturales o convierta la libertad en un formalismo ordenado y en un estereotipo. La nueva cosmovisión tiene que permitir que se mantenga la fuerza un poco salvaje de la libertad creadora y la multiplicidad un tanto caótica de las formas culturales.

Y, claro está, lo único que puede justificar una tal articulación es la noción misma de libertad que, de esta manera, establece las bases de un orden y al mismo tiempo genera internamente las posibilidades de desorden que hacen dinámico el sistema. En este aspecto, tenía razón la modernidad liberal cuando quiso colocar la libertad como criterio del orden social: la unidad y el orden deben surgir de una

libertad que se escoge a sí misma, que no se limita a elegir sino que libremente escoge la libertad misma. Sin embargo, me doy perfecta cuenta de que este concepto debe ser cuidadosamente trabajado porque por ese camino podemos terminar imponiendo un orden fundado en una cierta interpretación de la libertad, un orden que mate todas las demás interpretaciones posibles y que, por consiguiente, ahogue la libertad, creando una nueva homogeneidad que pretenda imponerse sobre toda diversidad. Pero hay que correr el riesgo -siendo plenamente conscientes de la necesidad de mantener abierto el sistema- si no queremos caer simplemente en un nihilismo que sólo conduce a la inacción y, por ese lado, al no ejercicio de la libertad.

Nietzsche, en su trabajo denominado *Ventajas y Desventajas de la Historia para la Vida*, hablaba de tener como ejemplo al modelo griego, que tomaba el caos de los materiales que absorbía de las culturas extranjeras y lo organizaba en un cosmos que reflejara las necesidades genuinas de los pueblos involucrados.

#### IV. EL DERECHO POSTMODERNISTA

¿Cómo construir un nuevo Derecho sobre estas bases? ¿En qué sería diferente un Derecho postmoderno de un Derecho moderno? Ciertamente, en el reconocimiento de una pluralidad de órdenes jurídicos ahí donde el Derecho moderno sólo quería reconocer un orden jurídico estatal uniforme para todos los ciudadanos.

El pluralismo jurídico no puede ser una desorganización axiológica, social y jurídica, no es la vuelta a la Edad Media con sus múltiples normatividades, múltiples fueros, donde las normas carecen de una jerarquía clara y donde cada pequeña comunidad tiene su propio Derecho, lo que hace muy difíciles los intercambios de todo tipo y especialmente los comerciales. El pluralismo jurídico postmoderno -cuando menos desde mi punto de vista- no puede abandonar las enormes contribuciones de la modernidad en materia de racionalidad y de libertad, de la formación de un Estado central coherentemente organizado, sino que quiere intentar un sistema no rígido que conserve la unidad pero respetando la diversidad: en el fondo es el viejo ideal liberal que el liberalismo no logra realizar. Es por ello, porque hay un diálogo entre una noción de unidad y una de diversidad, que es posible hablar a la vez de derechos humanos (noción universal) y de rescate del derecho consuetudinario de los grupos culturales (noción particularista).

La idea de ese Derecho postmoderno sería descentrar culturalmente el derecho, a diferencia del Derecho moderno que pretendió centrarlo en una determinada racionalidad cultural que se impuso sobre las otras. Pero descentrar no quiere decir perder una cierta perspectiva de unidad; sólo que esa unidad no se establece por la prepotencia de una de las perspectivas sino por una articulación de todas ellas. El deseo de unidad no es abandonado; sólo cambian las estrategias para lograrla: el pensamiento moderno, a pesar de que renuncia al apoyo de un mundo metafísico, inmutable y universal, y más bien introduce un elemento dinámico como es la libertad, otorga a esa libertad un contenido único que centra el mundo en la visión occidental. Y ese contenido lo convierte en principio universal. Hay todavía algo de metafísica en este intento, que es una herencia quizá del iusnaturalismo de las filosofías de la ilustración. La

postmodernidad, en cambio, renuncia a toda metafísica, a todo absoluto: no abandona la diversidad por una unidad subterránea, no hay un arriba y un abajo, un exterior y un interior, un conjunto de fenómenos superficiales y una unidad profunda que encarna la verdad de las cosas, sino que la unidad no es sino la serie articulada de las diferentes manifestaciones de lo múltiple.

El Derecho postmoderno tiene que esforzarse en reconocer las particularidades, pero sin dejar de integrarlas dentro de un todo consistente; porque el Derecho es inconcebible sin una referencia al interés general. Ya sea que nos coloquemos en una posición tradicional donde el Derecho se encarga de vehicular y de imponer valores objetivos de carácter religioso o cultural, ya sea que el Derecho asuma la modernidad liberal y no reconozca tales valores objetivos sino que se limite a constituir un marco de coordinación para los intereses individuales que se afirman como valores, ya sea que el Derecho se plantee dentro de una modernidad socialista, en cualquiera de estos casos el Derecho es siempre un esfuerzo de generalización, una técnica de reparto que atiende al todo. Aún el Derecho liberal, que pretende fundamentalmente garantizar la libertad individual, establece las condiciones de existencia de tal libertad dentro de un contexto, desde una perspectiva que relaciona a cada individuo en particular con los demás individuos particulares.

El Derecho postmoderno no puede ser construido en términos que impliquen una reducción forzada a la unidad sino como la posibilidad de articular las diferencias, de mostrar las afiliaciones sin perder la heterogeneidad. Tiene que ser un orden jurídico esencialmente dinámico: no puede pretender fijar la sociedad de una determinada manera, no es una plantilla que se aplica sobre la riqueza de la vida social para que ésta se comporte en patrones conocidos; es más bien un proceso, es un método de confrontaciones de poder que continuamente van recreando el todo. No es un orden cerrado como quería el pensamiento moderno sino una totalidad abierta y en continua evolución, situada frente a permanentes transformaciones de poder que llevan a situaciones no planeadas e impredecibles. El jurista postmoderno debe, entonces, estar atento a las derivaciones, bifurcaciones, distinciones, dispersiones, fijarse no sólo en la regla sino también en las excepciones, no sólo en la conducta regular sino también en la irregular, tiene que revalorar la informalidad, escuchar las múltiples voces que se expresan en la sociedad.

## V. LAS DIFICULTADES DE LA POSTMODERNIDAD

La tarea de deconstruir un Derecho formal moderno y construir un Derecho postmodernista no es fácil. Existen serias dificultades teóricas y prácticas para llevar a cabo este programa.

Ante todo, vamos a encontrar graves conflictos de valores entre los diferentes grupos culturales: lo que es bueno o tolerable para unos puede ser barbarie para otros. ¿Debemos suspender nuestro juicio crítico y considerar como bueno todo lo que pertenece a las otras culturas diferentes de la nuestra?

Si algunos de los derechos consuetudinarios aceptaran la tortura como medio de investigación de los delitos o si permitieran y hasta alentaran las mutilaciones o las defor-

maciones por cualquier causa, es probable que no aceptaríamos la validez legal de esas prácticas en nombre de un interés general que parece responde a un fondo inalienable de nuestra cultura occidental moderna. Imaginemos un derecho consuetudinario que utiliza la pena de muerte, dentro de un país cuya Constitución destierra la pena capital y que quizá incluso ha firmado tratados internacionales en ese sentido. Aparentemente, la pena de muerte no sería tolerable dentro del territorio nacional bajo ninguna consideración. Pero prohibir esas prácticas de los grupos étnicos que consideramos absolutamente incompatibles con nuestra sensibilidad y con nuestra noción del Derecho, ¿sería un acto de colonialismo o imperialismo cultural?

Hay quienes sostienen que nuestra cultura occidental no puede juzgar la otra cultura y, por consiguiente, todo lo que ella contiene -incluyendo aquello que nosotros consideraríamos bárbaro- debe ser tolerado. Sin embargo, una tal posición nos puede llevar simplemente a una nueva forma de dogmatismo y a una posición conservadora como la denunciada por Habermas: la indiferencia social es una forma de conservadurismo. El propio Derrida dice al respecto que *La crítica del etnocentrismo tiene en la mayoría de los casos la única función de constituir al otro como modelo de lo que es original y lo que es bondad natural y, consecuentemente, de acusarse y humillarse a sí mismo que lo lleva a exhibir su inaceptable ser en un espejo anti-etnocéntrico*. Por eso, Derrida critica a Lévy-Strauss: piensa que queda en él un resabio de esos moralistas ingleses que creían que existe una moralidad natural que ha sido borrada por la civilización, pero que puede ser encontrada a través de la memoria; Lévy-Strauss, dice Derrida, cree poder encontrarla a través del análisis de los pueblos primitivos. Pero esto no es verdadero pluralismo, porque sólo tendremos una verdadera articulación de las diferencias cuando todas ellas sean consideradas iguales y no unas más inocentes o más naturales que las otras.<sup>12</sup>

Por otra parte, el énfasis en los derechos consuetudinarios de los grupos culturales o étnicos no puede consistir en una mera yuxtaposición calidoscópica de culturas y órdenes normativos, ya que habríamos recuperado la multiplicidad a costa de la unidad: es indispensable que el todo nacional esté regido por el interés general que permite articular tales derechos consuetudinarios. Pero, ¿de qué interés general se trata? ¿Cómo se define ese interés general para que no sea simplemente la expresión de las perspectivas de uno de los grupos involucrados? Quiero dejar esa pregunta sin respuesta por el momento.

Otra cuestión delicada corresponde al mundo de la técnica jurídica: ¿cómo vamos a deslindar la aplicación de unos y otros órdenes jurídicos? El Derecho tiene siempre un ámbito de vigencia que delimita el alcance de sus normas. Ahora bien, en un país profundamente mezclado, donde prácticamente no existen culturas en estado puro y donde la movilidad de la migración interna ha dispersado a muchos grupos culturales que, si bien conservan zonas de mayor influencia, se encuentran en la mayor parte de los casos bastante interpenetrados, tanto geográficamente como en razón de las alianzas familiares. Es preciso, entonces, montar un mecanismo muy fino para determinar qué Derecho se aplica a quién; teniendo en cuenta que las extralimitaciones pueden dar lugar a situaciones bastante perturbadoras. El Derecho tiene instrumentos para manejar la

diversidad de órdenes jurídicos, cuando éstos se encuentran más claramente diferenciados y los cruces de normatividad son más bien excepcionales y precisos. De esta forma, el Derecho moderno puede seguir el llamado *criterio del lugar donde suceden los hechos* o *ius soli* o el *criterio del derecho propio de las personas*, llamado *ius sanguinis* para establecer si un determinado caso será resuelto por aplicación del Derecho nacional donde sucedieron los hechos y donde generalmente se está juzgando el problema o si se resolverá mediante la aplicación de los Derechos de los países a los que corresponden los sujetos involucrados. Y todo ello da lugar a complejos razonamientos cuando varias legislaciones entran en conflicto porque hay varios criterios aplicables: puede ser que, según el punto de vista, tanto el *ius soli* como el *ius sanguinis* pudieran ser aplicables; puede ser también que los sujetos involucrados sean de diferentes nacionalidades que pudieran implicar la aplicación de diferentes legislaciones en virtud siempre del

mismo criterio del *ius sanguinis*.

¿Es posible llevar a cabo un razonamiento similar entre los diferentes Derechos consuetudinarios y el Derecho formal de un país? No lo sé y me surgen inmediatamente serios reparos.

Por último, la economía de mercado exige la constitución de reglas de juego similares para todos los actores económicos a fin de facilitar los intercambios. Estos espacios económicos homogéneos tienden a ser cada vez mayores y superan las fronteras políticas nacionales. ¿Cómo podemos compatibilizar esta necesidad de la lógica económica con la recuperación de la diversidad cultural y con el pluralismo jurídico, sin reducir estos procesos a simples aspectos folklóricos y marginales?

No he querido proponer aquí un conjunto de respuestas sino un conjunto de preguntas, no he intentado plantear soluciones y recetas sino inquietudes perturbadoras. Creo que es lo único honesto que se puede hacer por el momento sobre el tema.

### NOTAS

1. Immanuel Kant: *The Metaphysical Elements of Justice. Part I of the Metaphysical of Morals*. Bobbs-Merrill. USA, 1965, p. 125 y ss.
2. Max Weber: *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Vol. I. Fondo de Cultura Económica. México, 1964, p.24 et passim.
3. Roberto Mangabeira Unger: *The place of Law in "modern" society: sketch for an interpretation*. Borrador preliminar. Harvard, 1972, p. 3.
4. Michel Foucault: *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno Editores. México, 1976.
5. Michel Foucault: *Historia de la locura en la época clásica*. 2 v. Fondo de Cultura Económica. Breviarios. México, 1967; también Michel Foucault (ed.): *Moi, Pierre Rivière, ayant egorgé ma mère, ma soeur et mon frère... Un cas de parricide au XIX*. Gallimard. Paris, 1973.
6. Roberto M. Unger: *Knowledge and Politics*. Free Press. USA, 1975, passim.
7. Friedrich Nietzsche: *Humano, demasiado humano*. Prefacio. No. 6.
8. Friedrich Nietzsche: *La voluntad de poderío*. No. 13.
9. Loc. cit.
10. Jürgen Habermas: *El discurso filosófico de la modernidad*. Taurus. Buenos Aires, 1989, p. 14.
11. Susana Reisz de Rivarola: *Teoría Literaria: una propuesta*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986, p. 108.
12. Jacques Derrida: *De la grammatologie*. Les Editions de Minuit. Paris, 1967.

# La libertad de prensa y el derecho a la comunicación

Marena Briones Velasteguí

(Estudio comparado en el ámbito andino)<sup>1</sup>

El origen escrito de estas reflexiones se ubica en noviembre 27 de 1998, cuando el Proyecto Latinoamericano de Medios de Comunicación de la Fundación Friedrich Ebert y la Fundación Eugenio Espejo me brindaron la oportunidad de exponer en el seminario *Libertad de prensa. Participación ciudadana. Democracia y desarrollo*, que se llevó a cabo en el auditorio de Diario Expreso en Guayaquil. Sobre esa base, que es su parte sustancial, para esta versión he efectuado algunas modificaciones que he considerado convenientes y he procedido a revisar nuevamente los textos constitucionales para verificar su actualidad.

La comunicación es un tema apasionante y complejo, sobre todo en estos tiempos, como bien lo sabe la humanidad por experiencia propia. Por eso, cuando la dirección de la revista *Juris Dictio* tuvo la gentileza de invitarme a colaborar en este número de su serie, pensé que sería oportuno compartir esas ideas, con el ánimo de incitar más ampliamente al análisis y al debate. Gracias a PROMEFES y a Sara Brombart, su coordinadora, cuya generosa autorización para esta publicación lo ha hecho posible.

## LIBERTAD DE PRENSA: ¿DE QUIÉN?

Cada vez que me ha tocado darle un mordisco reflexivo a la *libertad de prensa*, he enfrentado el mismo dilema: ¿Hablar de la libertad de prensa es hablar de los medios de comunicación? Porque siempre he tenido -todavía tengo- la impresión de que con tal expresión se alude única y exclusivamente a la prensa propiamente dicha, a la radio y a la televisión y, por supuesto, ahora -no está demás señalarlo al ciberespacio, esto es, al Internet.

La interrogante se ha ahondado cuando he debido pasar de la referencia común a los textos legales, concretamente a las Constituciones, normas supremas de los países. Hablemos, por el momento, de aquellas que nos interesan en esta ocasión, las de los países andinos, entre los cuales he incluido, con el riesgo de que me censuren sus nacionales, a la Nación Argentina, pues por sus tierras también transitan los Andes.

En ninguna de ellas -me refiero a las Constituciones- he encontrado que la *libertad de prensa* exista per se, si es que por prensa entendemos solo a los medios de comunicación. Todas, sin excepción alguna, lo que consagran es un dere-

cho universal, atributo de la calidad humana, reconocido expresamente desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que podemos sintetizar en el derecho a la *Libertad de expresión del pensamiento*.

Ahora bien, salvo la Constitución colombiana, cuya particularidad explico más adelante, lo que sí hacen también las demás Constituciones andinas, con variantes de redacción y como consecuencia lógica del derecho que consagran para todos los habitantes de sus correspondientes países, es señalar que la libre emisión o difusión de las ideas y opiniones puede hacerse por cualquier medio. En algunos casos, se menciona expresamente *prensa*. La Constitución colombiana, por su parte, en las dos disposiciones que contienen el derecho referido, garantiza expresamente la libertad de fundar medios masivos de comunicación. En este último sentido, la Constitución peruana es también tajante al afirmar que *Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación*.

De lo anterior, entonces, es fácilmente colegible que la *libertad de prensa* no se limita a los *mass-media*, ni como sujetos ni como vehículos de la expresión, sino que es inherente a un derecho más comprensivo y más general: el derecho de todos, la libertad de todos, absolutamente de todos y todas, de hacer públicas nuestras ideas y opiniones por los medios que nos apetezcan.

Pero, dado el alcance y el poder que los medios de comunicación tienen, resulta claro que la mención expresa de que para hacer efectivo el derecho a la libre expresión se puede recurrir a dichos medios, es una garantía adicional a ese derecho de todos y todas a la libre expresión. Una garantía adicional que, en las Constituciones de Argentina, Colombia, Chile, Perú y Ecuador, se suma al señalamiento de que no habrá censura previa, o simple y llanamente de que no habrá censura. En el caso de Bolivia, que no contiene una disposición expresamente directa al respecto, el reforzamiento deviene de una norma que establece que los funcionarios públicos estarán sujetos al pago de indemnizaciones si clausuran imprentas y otros medios de expresión del pensamiento contraviniendo los derechos y garantías que establece la Constitución. Vale anotar, por otro lado, que Ecuador incorporó la expresa garantía de no censura previa en su último texto constitucional, que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998.

En todo caso, nada de lo dicho, ni de lo que diré después, tiene algo de extraño, si volvemos nuestra mirada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, del año 1969, cuyo artículo 13, en la parte pertinente, reza así:

*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

- a) *El respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
- b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas...*

Así, pues, la protección constitucional de la no censura previa o sencillamente de la no censura tiene aplicación no solo para los medios de comunicación, sino para todos y cada uno de los habitantes de los seis países andinos. No censura previa que, por si acaso, no tiene nada de absoluta cuando se ha declarado algún tipo de estado de excepción, evento en el que las Constituciones de Bolivia, Chile y Ecuador expresamente confieren la facultad de suspender dicha garantía. La Constitución colombiana, por su parte y aunque tiene un capítulo especial para los estados de excepción, no señala expresamente que se pueda suspender la garantía de no censura. La Constitución argentina, por otro lado, simplemente dice, de manera general, que si se declara el estado de sitio en alguna provincia o en algún territorio, allí quedarán suspendidas las garantías constitucionales. Y, por último, la Constitución peruana, mientras en el caso de la declaratoria del estado de emergencia señala que derechos pueden ser suspendidos o restringidos y entre ellos no incluye a la no censura; en el caso del estado de sitio, en cambio, establece la obligatoriedad de mencionar los derechos fundamentales cuyo ejercicio **no** se restringe o suspende.

### **LIBERTAD DE PRENSA: ¿PARA QUÉ?**

Contestada la primera pregunta, pasemos a la segunda: ¿Cuál es el fin de garantizar, ahora sí, la libertad de prensa, entendida como un derecho que supera el ámbito de los medios de comunicación? Las mismas Constituciones, cuyos postulados nos interesan esta vez, se encargan de proporcionarnos las respuestas.

Para llegar al meollo del asunto, auscultemos por segmentos qué más nos dicen cada uno de los cuerpos normativos supremos que estamos revisando: las Constituciones argentina y boliviana se limitan, como ha sido lo usual y como lo fue en Ecuador hasta antes de la última Constitución, a reconocer el derecho de todos y todas a difundir sus ideas y opiniones de manera libre. Las Constituciones de Colombia, Chile y Perú, en cambio, y, por supuesto, con distinciones en la redacción, incorporan en sus respectivos artículos referencias explícitas al denominado derecho a la información.

En efecto, el artículo 20 de la Constitución colombiana, cuya redacción es bastante similar a su artículo 73, dice: *Se garantiza a toda persona la libertad de expresar su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial...* Por su parte, el artículo 19, número 12, de la Constitución chilena garantiza: *La libertad de emitir opinión y la de informar...* Y la Constitución peruana, en su artículo 2, número 4, afirma que toda persona tiene derecho: *A las libertades de información, opinión, expresión...*

Hasta allí, entonces, bien podemos advertir que la libertad de prensa, esto es, la libertad de difusión o publicación de ideas y opiniones, como parte del derecho a expresar libremente el pensamiento, está intrínsecamente ligada a un concepto más abarcador: el de la información como un derecho, también de todos y todas, no solo a difundir información, sino a recibir información. Una información que, en el caso de Colombia, debe tener cualidades de veracidad e imparcialidad.

La Constitución ecuatoriana, por su lado -y, claro, según desde dónde se mire- ha dado algunos pasos más adelante. En el ámbito de las garantías constitucionales básicas, como uno de los derechos civiles, contiene una primicia constitucional (artículo 23, número 10): el derecho a la comunicación, primicia que adquiere rostro más concreto con el establecimiento de una sección, la décima, que se denomina *De la comunicación*, en el capítulo *De los derechos económicos, sociales y culturales*, cuyo artículo 81, en su primer inciso, dice: *El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.*

Sé perfectamente que atribuir a la información virtudes tales como las de veracidad, imparcialidad, pluralidad, objetividad y oportunidad, especialmente cuando se piensa en la prensa, la radio y la televisión, causa mucho resquemor. La Sociedad Interamericana de Prensa, en varias ocasiones, ha afirmado que, por haber incorporado tales calificativos, la Constitución ecuatoriana atenta contra la libertad de prensa. Al respecto, efectivamente, hay quienes argumentan que la inclusión de dichos rasgos constituye un peligro para la libertad de prensa, porque pueden servir de pretexto para que el poder político silencie o coarte a los medios. Otras mentes, más filosóficas, sostienen que *LA* verdad, *LA* objetividad, así con mayúsculas, no existen y que mal se podría, entonces, pretender garantizarlas.

Para cada uno de esos reparos, sin embargo, hay sus contra-reparos. Primero, retomo lo ya dicho y demostrado en cuanto a que la libertad de prensa no es privilegio de los medios de comunicación, aunque, indudablemente, por su influencia socio-política, son ellos quienes más necesitan resguardarla. Segundo, yendo por el mismo camino que hemos venido trazando, demando que se vean las cosas también desde el ángulo de los lectores, los radioescuchas y los televidentes, esto es, desde la ribera que está frente a la de los medios de comunicación: ¿alguno o alguna de ustedes quisiera, voluntaria y conscientemente, recibir una información que no sea veraz? ¿alguno o alguna de ustedes qui-



siera, así mismo voluntaria y conscientemente, recibir como imparcial o como objetiva una información que no lo es? Estoy segura de que no. Es más, los propios medios compiten en el mercado de las noticias a base de eslóganes que ofertan *imparcialidad, objetividad, veracidad*.

Tercero, para referirme solo a uno de los comentarios adjetivos, una cosa es LA verdad y otra, diferente, aunque cercana, es la veracidad. Pregunto: ¿es lo mismo decir una mentira que mentir? Pues, en el caso de los medios de comunicación, que trabajan con un bien social, con un bien público, la comunicación, y que tienen peso en la configuración de lo que los demás percibimos como realidad, de lo que se trata es de que no mientan -entiéndase, a sabiendas- y de que desplieguen todo el esfuerzo posible para no decir mentiras, esto es, para asegurarse lo mejor que puedan de que lo que dicen corresponde a unos ciertos hechos. ¿Tiene esto algo de especial, sobre todo si, como ya vimos, tanto en el caso ecuatoriano como en el colombiano la no censura también está garantizada?

Todo eso, además de que me parece que ninguna de las dos Constituciones andinas que así lo consagran ha añadido los mentados calificativos por el mero gusto de hacerlo y corriéndose el riesgo de restringir la libertad de prensa. Ésta, la libertad de prensa, y su no censura previa son un derecho de todos, para precautelar, no solo la libre expresión del pensamiento, sino la correcta administración de la cosa pública. Que, junto con ella, se garanticen la recepción, la búsqueda y la difusión de una información veraz, imparcial, plural, oportuna y objetiva, precisamente abona a favor de la buena labor de los medios de comunicación social y de su credibilidad de cara a la ciudadanía. Todos los calificativos atribuidos a la información en las Constituciones ecuatoriana y colombiana deben ser interpretados interdependientemente y en el contexto de un derecho amplio, que es el derecho a la comunicación, como un derecho de doble vía, individual y colectivo a la vez, que, como todo derecho, se traduce también en un deber.

Precisamente, la Constitución colombiana ha sido más que clara al afirmar que los medios de comunicación tienen responsabilidad social, y al considerar indispensable garantizar el pluralismo informativo y la competencia leal comprometiéndose a evitar las prácticas monopólicas en el uso del espectro electromagnético. La Constitución ecuatoriana ha querido ser más eficaz aún al incorporar el derecho a la comunicación como un derecho inherente a nuestra condición humana, y al incluir la participación de los medios de comunicación en los procesos educativos, en la promoción de una cultura por la salud y la vida, en el estímulo de la creatividad y de las actividades culturales y en la preservación de valores éticos.

Por consiguiente, la libertad de prensa, a la luz general de las Constituciones revisadas, está consagrada para asegurar el derecho a la libre expresión de todos y para precautelar un sistema democrático de convivencia social donde el hacer público sea lo más diáfano posible y la ciudadanía pueda ejercer como es debido su derecho a la fiscalización. Frente a esas concepciones, tanto los medios de comunicación como los comunes ciudadanos estamos sujetos, en principio, a las mismas reglas de juego.

## LIBERTAD DE Prensa: ¿HASTA DÓNDE?

Lo que vendrá en esta parte - a estas alturas, parece que huelga decirlo- es ciertamente un límite a la libertad de expresión del pensamiento y las opiniones. Esa repetida frase de que frente a un derecho se encuentra otro derecho o, más claramente, de que frente a mis derechos se encuentran los derechos de los demás, no tenía por qué perder sentido tratándose de una garantía como la libertad de prensa. Ello también resulta evidente si recordamos la transcripción que antes hicimos de una parte del artículo 13 del Pacto de San José: No censura previa, pero sí responsabilidades ulteriores. Todas las Constituciones contemplan la regla de las responsabilidades ulteriores. Con excepción de la especificidad de la Constitución colombiana, que es en el derecho a la honra donde añade que *La ley señalará la forma de su protección*, todas las demás Constituciones andinas, en el derecho a la libre expresión del pensamiento, de una u otra manera aluden a frases como *conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, o sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, o bajo las responsabilidades de ley, o sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley*.

Ponerle límites a un derecho, más cuando, como en el caso presente, ese derecho goza de garantías adicionales, no tiene nada de especial y sí de respeto a las más elementales normas de convivencia. Esta afirmación no elude, de ninguna manera, las problemáticas relaciones que se producen cuando las colisiones entre uno y otro derecho no pisan un terreno diáfano. Por el momento, sin embargo, no entraré en tales detalles, aunque sí quiero dejar constancia de que, de lo que conozco, tanto la jurisprudencia estadounidense como la española han definido parámetros más pulidos para zanjar algunos de esos conflictos.

Pero, volvamos a nuestro asunto. La libertad de expresión de las ideas y opiniones -y dentro de ella la libertad de prensa- tiene límites proporcionados por las mismas cartas supremas de los países. Los más comunes son el derecho a la intimidad, el derecho a la honra, el derecho a la buena reputación y el derecho a la imagen. Todas las Constituciones analizadas, en mayor o menor grado, según el detalle con que hayan sido concebidas sus disposiciones, garantizan a todos sus destinatarios el derecho a la intimidad y a la honra.

Cabe señalar, eso sí, que en los casos de Bolivia y Argentina, las declaraciones constitucionales de las cuales se entiende que se deriva la garantía que revisamos son normas muy generales. En su orden: *No existe la pena de infamia y Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*.

Pues bien, el derecho a la intimidad, que por excepción está ligado constitucionalmente al derecho a la honra y que por lo general se refiere tanto a la intimidad personal como a la familiar, en el caso de Colombia está vinculado con la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia y otras formas de comunicación. En cambio, con excepción de la Constitución argentina, que no prevé ninguna norma en tal

sentido, las demás Constituciones andinas prohíben expresamente, en acápites independientes, la interceptación de conversaciones y comunicaciones privadas, a menos que exista orden judicial y en los casos y con las formalidades que las leyes establezcan.

La violación al derecho a la honra de toda persona, cuya protección suele extenderse a la buena reputación, cometida a través de o en un medio de comunicación social, en las Constituciones de Colombia, Chile, Perú y Ecuador da pie al denominado derecho de rectificación. Esto es -de manera general, porque cada redacción es diferente y porque también suele haber otras consecuencias-, al derecho del ofendido a que, en el mismo medio de comunicación donde se lo ofendió, se publique la rectificación. Mientras, Colombia habla simplemente de una rectificación *en condiciones de equidad*, que da un margen amplio tanto para alegar el derecho como para argumentar en qué condiciones debe resarcírsele; Chile señala que la rectificación será gratuita; Perú, que será *en forma gratuita, inmediata y proporcional*; y Ecuador, que será *en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica*.

No obstante, como anticipamos, los supuestos que cada Constitución prevé para que proceda el derecho de rectificación son disímiles. Colombia no contiene ninguna consideración adicional a la garantía general de que *Toda persona tiene derecho a... su buen nombre...* y a la declaración de que *Se garantiza el derecho a la honra...*, pero incluye el derecho de rectificación en el segundo inciso de los artículos 20 y 73, a continuación de la afirmación de que los medios masivos de comunicación son libres y tienen responsabilidad social.

Chile, por su lado, en su artículo 19, número 12, para que proceda la rectificación, prevé que se trate de una *persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social*; pero, además, en su artículo 19, número 4, califica de delito a *la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia*. Deja a salvo, eso sí, que el medio de comunicación se excepcione probando la verdad de la imputación, pero siempre que ella no constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. En esa misma disposición, Chile también señala que *...los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan*.

Perú, por su parte, en el número 7 de su artículo 2, concede el derecho de rectificación a *Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social...*; y de manera más directa, en su artículo 2, número 4, que protege el respeto a la vida pública y privada de las personas, expresa que *Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común*; y en el número 6 garantiza el derecho de todos sus habitantes a que *los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar*.

Ecuador, que es el único de los países andinos que incluye en el derecho a la honra y a la intimidad, el derecho

al nombre, a la imagen y a la voz de la persona, en el número 9 del artículo 23, que contiene el derecho a la libre expresión del pensamiento, para dar paso al derecho de rectificación, supone la existencia de una *persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social...* Ecuador es el único país andino que constitucionalmente diferencia entre una publicación ofensiva pagada y una no pagada.

Ahora bien, en el caso colombiano, además, existe el denominado *derecho de respuesta o de réplica*, que se distingue del derecho de rectificación en tanto no atiende a una ofensa o agravio personal, sino a una opinión diferente, a un punto de vista distinto, sobre tesis o propuestas. El artículo 112 de la Constitución colombiana dice que *Los partidos y movimientos políticos que no participan en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se garantizan los siguientes derechos: ... de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes...*

Hay, además, otras normas constitucionales que, para finalizar, aunque el tema no ha sido agotado, merecen ser mencionadas. Tal es el caso en Chile de la existencia de un Consejo Nacional de Televisión, *encargado de velar por el funcionamiento de este medio de comunicación*. Tal es el caso en Colombia de la existencia de un organismo encargado de *La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley*. Ambos, son los únicos países andinos que contemplan constitucionalmente la existencia de organismos autónomos para, en cierta manera, regular la actuación del medio televisivo.

En Ecuador, lo que existe es el compromiso constitucional del Estado de adoptar *medidas que aseguren a los niños y adolescentes la protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores*; la prohibición de toda publicidad *que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano*, así como la prohibición de *transmitir las diligencias judiciales por los medios de comunicación y su grabación por personas ajenas a las partes y sus defensores*. Lo que Chile tiene es el mandato constitucional de que una *ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica*.

## LIBERTAD DE PRENSA: TAMBIÉN UNA ACTIVIDAD PARTICULAR

Una vez desarrollado, aunque sucintamente y no de manera completa todo lo anterior, cabe destacar que, en ese contexto general de la libertad de prensa como derecho a la libre expresión del pensamiento y de las ideas y opiniones, nuestras Constituciones, además de la no censura, prevén

garantías especiales para la actividad periodística.

Así, la Constitución argentina determina que *El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal y que No podrá afectarse el secreto de las fuentes periodísticas*. La Constitución boliviana, que *Los funcionarios públicos que, sin haberse dictado el estado de sitio,... clausuren imprentas y otros medios de expresión del pensamiento... están sujetos al pago de una indemnización*, independientemente de la acción penal que corresponda y siempre que se compruebe dentro de juicio que actuaron en *contravención a los derechos y garantías que establece dicha Constitución*. La Constitución colombiana, que *Los medios masivos de comunicación son libres*, que *La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional* y que *El secreto profesional es inviolable*. La Constitución chilena, que *La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social*. La Constitución peruana, que *Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano*

*de expresión o le impide circular libremente*. Y la Constitución ecuatoriana, que el Estado garantizará *la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación*, así como el derecho de todos, pero especialmente de periodistas y comunicadores sociales, a acceder a fuentes de información.

#### A MODO DE FINAL

Muchos aspectos no han tenido cabida en este espacio, pero, si en algo ayuda, forma parte de este trabajo un cuadro que recoge, aunque no exhaustivamente, las normas constitucionales de los seis países en torno a varios aspectos del derecho a la comunicación. Han sido aglutinadas desde una mirada personal, que apunta a destacar pilares clave de la comunicación como un derecho humano fundamental.

## NO TAN A VUELO DE PÁJARO: LA COMUNICACIÓN EN LAS CONSTITUCIONES ANDINAS

### LA COMUNICACIÓN: UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

#### Argentina

Art. 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber:...

De publicar sus ideas por la prensa..."

#### Bolivia

Art. 7: "Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

b) A emitir libremente sus ideas y opiniones..."

#### Colombia

Art. 73: "Se garantiza a toda persona la libertad... de informar y recibir información veraz e imparcial. Entre estas libertades está la de fundar medios masivos de comunicación..."

Art. 75: "El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético."

Art. 76: "La intervención del Estado en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior."

Art. 111: "Los partidos políticos con personería jurídica tienen derecho a utilizar los medios de comunicación social del Estado en todo tiempo, conforme a la ley. Ella establecerá así mismo los casos y la forma como los candidatos debidamente inscritos tendrán acceso a dichos medios."

Art. 112: "Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica... Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se garantizan los siguientes derechos:.. de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores;..."

**Chile**

Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas:

12. La libertad de emitir opinión y la de informar, ... en cualquier forma y por cualquier medio, ...

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social...

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión..."

**Perú**

Art. 2: "Toda persona tiene su derecho:

4. A las libertades de información... mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, ni...

Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación."

Art. 61: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares."

**Ecuador**

Art. 23: "Sin perjuicio de los derechos..., el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

10. El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión."

Art. 81: "El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna... de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales..."

No existirá reserva...

Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y limitaciones de su participación.

Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano."

Art. 247: "...

Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios.

Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social."

**EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN: LA INFORMACIÓN****Argentina**

Art. 38: "...

Su creación y el ejercicio de sus actividades (de los partidos políticos) son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza... el acceso a la información pública...

Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio."

Art. 42: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a ... una información adecuada y veraz;..."

**Bolivia**

Art. 129: "...

III. Las autoridades y funcionarios de la administración pública tienen la obligación de proporcionar al Defensor del Pueblo la información que solicite en relación al ejercicio de sus funciones..."

**Colombia**

Art. 15: "...

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución..."

Art. 20: "Se garantiza a toda persona la libertad de ... informar y recibir información veraz e imparcial..."

Art. 73: "Se garantiza a toda persona la libertad... de informar y recibir información veraz e imparcial..."

Art. 74: "...

Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley..."

Art. 78: "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización..."

Art. 112: "Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica... Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficiales;..."

### Chile

Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas:

12. La libertad de... informar..."

### Perú

Art. 2: "Toda persona tiene su derecho:

4. A las libertades de información...

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una Comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado..."

### Ecuador

Art. 23: "Sin perjuicio de los derechos..., el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

7. El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, ... así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características."

Art. 81: "El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y..."

No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley..."

Art. 244: "Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa..."

## EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN: LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN

### Argentina

Art. 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber:..."

De publicar sus ideas por la prensa sin censura previa;..."

Art. 38: "...

Su creación (la de los partidos políticos) y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza... la difusión de sus ideas..."

### Bolivia

Art. 7: "Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

b) A emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión;..."

### Colombia

Art. 20: "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar su pensamiento y opiniones,..."

Art. 73: "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones,..."

### Chile

Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas:

12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley,..."

### Perú

Art. 2: "Toda persona tiene su derecho:

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley..."

<b>Ecuador</b>
<p>Art. 23: "Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:</p> <p>9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley..."</p>
<b>EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN: LA LIBERTAD DE CULTO Y DE CONCIENCIA</b>
<b>Argentina</b>
<p>Art. 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:... de profesar libremente su culto;..."</p> <p>Art. 20: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden.. ejercer libremente su culto;..."</p>
<b>Bolivia</b>
<p>Art. 3: "El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica y romana. Garantiza el ejercicio público de todo otro culto..."</p> <p>Art. 182: "Se garantiza la libertad de enseñanza religiosa."</p>
<b>Colombia</b>
<p>Art. 18: "Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia."</p> <p>Art. 19: "Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva..."</p>
<b>Chile</b>
<p>Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>6. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público..."</p>
<b>Perú</b>
<p>Art. 2: "Toda persona tiene su derecho:</p> <p>3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.</p> <p>18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional."</p>
<b>Ecuador</b>
<p>Art. 23: "Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución... el Estado reconocerá y garantizará..."</p> <p>11. La libertad de conciencia; la libertad de religión, expresada en forma individual o colectiva, en público o en privado. Las personas practicarán libremente el culto que profesen, con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad, la pluralidad, la seguridad y los derechos de los demás.</p> <p>21. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre ellas..."</p>
<b>EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN: LA LIBERTAD DE PRENSA, SUS LÍMITES Y LA CENSURA</b>
<b>Argentina</b>
<p>Art. 32: "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal."</p> <p>Art. 43: "..."</p> <p>Toda persona podrá interponer esta acción (amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o datos de bancos públicos, o los privados destinados a proveer informe,... No podrá afectarse el secreto de las fuentes periodísticas."</p> <p>Art. 23: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior ... se declarará en estado de sitio la provincia o territorio..., quedando suspensas allí las garantías constitucionales..."</p>
<b>Bolivia</b>
<p>Art. 15: "Los funcionarios públicos que, sin haberse dictado el estado de sitio,... clausuren imprentas y otros medios de expresión del pensamiento... están sujetos al pago de una indemnización de daños y perjuicios, siempre que se compruebe, dentro de juicio civil que podrá seguirse independientemente de la acción penal que corresponda, que tales medidas o hechos se adoptaron en contravención a los derechos y garantías que establece esta Constitución."</p>

Art. 112: "La declaratoria de estado de sitio produce los siguientes efectos:

5. ...  
En caso de guerra internacional, podrá establecerse censura sobre la correspondencia y todo medio de publicación."

### Colombia

Art. 20: (Medios de comunicación) "Estos son libres y tienen responsabilidad social... No habrá censura."

Art. 73: ..."

Los medios masivos de comunicación son libres y tienen una responsabilidad social... No habrá censura."

Art. 74. "La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

El secreto profesional es inviolable."

Art. 75: "...

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético."

Art. 76: "La intervención del Estado en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior."

Art. 77: "La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma de orden nacional, sujeta a un régimen legal propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una junta directiva la cual nombrará el director. Los miembros de la junta directiva tendrán periodo fijo. El gobierno nacional designará dos de ellos. Otro será escogido por los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros.

Una ley regulará la organización y funcionamiento de la entidad."

### Chile

Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas:

4. El respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan;...

12. ...

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica."

Art. 41: "...

1. Por la declaración de estado de asamblea, el Presidente ... queda facultado para suspender o restringir... la libertad de información y de opinión... Podrá también imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones...

2. Por la declaración de estado de sitio, el Presidente ... podrá ... restringir el ejercicio de las libertades... de información y de opinión..."

### Perú

Art. 2: "Toda persona tiene su derecho:

4. A las libertades de ...

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente..."

Art. 137: "El Presidente de la República,...., puede declarar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él,...., los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia...

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende..."

### Ecuador

Art. 50: "El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías:

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores."

Art. 81: "El Estado garantizará el derecho a ... difundir información... y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.

Asimismo, garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación.

No existirá reserva...

Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y limitaciones de su participación.

Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano."

Art. 116: "...

La publicidad electoral a través de los medios de comunicación colectiva, solo podrá realizarse durante los 45 días inmediatamente anteriores a la fecha de cierre de la campaña electoral. La ley sancionará el incumplimiento de estas disposiciones."

Art. 181: "Decretado el estado de emergencia, el Presidente... podrá asumir las siguientes atribuciones o algunas de ellas:

5. Disponer censura previa en los medios de comunicación social."

Art. 195: "...

No se admitirá la transmisión de las diligencias judiciales por los medios de comunicación, ni su grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores."

## EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD, EL NOMBRE, LA VOZ Y LA IMAGEN

### Argentina

Art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..."

### Bolivia

### Colombia

Art. 15: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar,... y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar..."

### Chile

Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas:

4. El respeto y protección a la vida privada y pública...

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito, y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan;..."

### Perú

Art. 2: "Toda persona tiene su derecho:

4. A las libertades de...

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. A... la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias..."

### Ecuador

Art. 23: "Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

8. El derecho a ... la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.

21. ... En ningún caso se podrá utilizar la información personal de terceros sobre sus creencias religiosas y filiación política, ni sobre datos referentes a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica."

## EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y EL DERECHO A LA HONRA, AL BUEN NOMBRE, A LA BUENA REPUTACIÓN

### Argentina

Art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..."



<b>Bolivia</b>
Art. 17: "No existe la pena de infamia..."
<b>Colombia</b>
Art. 15: "Todas las personas tienen derecho a... y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar."
Art. 21: "Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección."
<b>Chile</b>
Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: 4. El respeto y protección a... y a la honra de la persona y de su familia. La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social,..."
<b>Perú</b>
Art. 2: "Toda persona tiene su derecho: 4. A las libertades de... Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. 7. Al honor y a la buena reputación,..."
<b>Ecuador</b>
Art. 23: "Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 8. El derecho a la honra, a la buena reputación,..."
<b>EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y LA INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA O DE OTRA FORMA DE COMUNICACIÓN</b>
<b>Argentina</b>
Art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..."
<b>Bolivia</b>
Art. 20: "I. Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o substraídos. II. Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice."
<b>Colombia</b>
Art. 15: "... La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley."
<b>Chile</b>
Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: 5. La inviolabilidad... de toda forma de comunicación privada. ...las comunicaciones y documentos privados (solo pueden) interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;..."
<b>Perú</b>
Art. 2: "Toda persona tiene su derecho: 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guardará secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competen-

te, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación salvo por orden judicial."

### Ecuador

Art. 23: "Sin perjuicio de los derechos..., el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

13. La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Esta solo podrá ser retenida, abierta y examinada en los casos previstos en la ley. Se guardará el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. El mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación."

## EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y EL DERECHO A LA RECTIFICACIÓN

### Argentina

### Bolivia

### Colombia

Art. 20: "...  
Estos son libres... (los medios de comunicación) Se garantiza el derecho de rectificación en condiciones de equidad..."

Art. 73: "...  
...Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad..."

### Chile

Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas:

12. ...

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiere sido emitida..."

### Perú

Art. 2: "Toda persona tiene su derecho:

7. ...

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley."

### Ecuador

Art. 23: "Sin perjuicio de..., el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

9. ...

La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica."

## EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y EL DERECHO DE RÉPLICA

### Argentina

### Bolivia

### Colombia

Art. 112: "Los partidos y movimientos políticos que no participan en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se garantizan los siguientes derechos: ...de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales..."

### Chile

### Perú

### Ecuador

<b>EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN</b>	
<b>Argentina</b>	
<b>Bolivia</b>	
<b>Colombia</b>	
Art. 20: (Medios de comunicación) "Estos son libres y tienen responsabilidad social."	
Art. 73: "...	
Los medios masivos de comunicación son libres y tienen una responsabilidad social..."	
<b>Chile</b>	
<b>Perú</b>	
<b>Ecuador</b>	
Art. 43: "El Estado promoverá la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la salud sexual y reproductiva, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social."	
Art. 63: "El Estado garantizará el ejercicio y participación... y adoptará las medidas para que... los medios de comunicación contribuyan a incentivar la creatividad y las actividades culturales en sus diversas manifestaciones."	
Art. 81: "...	
Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos, de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y las limitaciones de su participación..."	
<b>EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y EL HÁBEAS DATA</b>	
<b>Argentina</b>	
Art. 43: "Toda persona puede interponer acción... de amparo,... contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares..."	
Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística."	
<b>Bolivia</b>	
Art. 15: "Todas las personas tienen derecho a... De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.	
En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán las libertades y demás garantías consagradas en la Constitución..."	
<b>Chile</b>	
<b>Perú</b>	
<b>Ecuador</b>	
Art. 94: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.	
Podrá solicitar ante el funcionario respectivo la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren legítimamente sus derechos..."	

### NOTAS

1. Todas las Constituciones, salvo la del Ecuador, fueron consultadas en la siguiente dirección electrónica: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions>. En el caso de la Constitución ecuatoriana vigente, su texto fue publicado en el Registro Oficial número 1 del 11 de agosto de 1998.
2. Este trabajo forma parte del texto "La libertad de prensa y el derecho a la comunicación: Estudio comparado en el ámbito andino", que, a su vez, es una versión revisada de la presentación preparada para el seminario "Libertad de prensa. Participación ciudadana. Democracia y desarrollo (Guayaquil, 27 de noviembre de 1998) a pedido de PROMEFES y Fundación Eugenio Espejo.

# Un estudio comparativo: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Macarena Vega Cevallos

Según el criterio del profesor universitario Gerge Scelle *La función jurisdiccional es la llave de toda organización social*<sup>1</sup>; por tanto, el funcionamiento de un órgano judicial es el que garantiza un verdadero desarrollo del derecho comunitario. De ahí que la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas en el asunto 26/63, Van Gend en Loos/ Administración Fiscal neerlandesa, resalte el hecho mediante el cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y en el cual los sujetos no son únicamente los Estados Miembros, sino también sus ciudadanos.

La presencia de un organismo judicial es lo que nos permite distinguir a los sistemas de integración intergubernamentales, como el caso de MERCOSUR y a las organizaciones internacionales, sujetos de Derecho Internacional como a la Corte Internacional de Justicia de la Haya, de los sistemas de integración comunitarios; ya que los Tribunales de Justicia comunitarios tienen una competencia sumamente amplia, de carácter general porque sus tratados constitutivos les atribuyen la misión de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de dichos tratados, en tanto que la justicia internacional tiene carácter consensual y la competencia del Órgano Judicial está fundada en el consentimiento de los Estados.

*Está claramente establecido que en Derecho Internacional ningún estado puede considerarse obligado a someter sus diferencias con otros estados, sea a la mediación, sea al arbitraje, o a cualquier otro procedimiento de solución pacífica, sin su consentimiento. El consentimiento puede ser dado una vez para todas bajo la forma de obligación libremente aceptada, o puede darse, por el contrario, en un caso determinado fuera de toda obligación internacional.*<sup>12</sup> En tanto que el derecho comunitario se integra a los ordenamientos nacionales en un contexto de estricta juridicidad, garantizando que la violación a las normas del derecho comunitario se desarrolle únicamente dentro de un marco de derecho objetivo y de ahí una de las característi-

cas del derecho comunitario que se robustece por la labor que desempeñan los Tribunales de Justicia en los sistemas de integración supranacionales, es que prevalece lo estrictamente legal en la construcción del edificio comunitario sobre cualquier consideración de oportunidad política, es decir, el plus de juridicidad.

Tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como el de la Comunidad Andina obedecen a una serie de circunstancias específicas y singulares que marcan su origen y desarrollo condicionados por su entorno político, económico y social, siendo sin duda la Europa comunitaria la etapa más avanzada de integración.

El tratar de consolidar un sistema de integración dentro de lo que establece el derecho comunitario es conducirnos hacia la globalización, con la intención de ser parte de un proceso de inserción en un contexto económico, formando verdaderos bloques, como lo está consiguiendo la Unión Europea y a lo que aspiran los países de la Comunidad Andina, no solo con el objetivo de mejorar sus economías sino mejorar considerablemente su capacidad de negociación, es decir, estar en igualdad de condiciones frente a los países de mayor mercado.

## ¿CUÁNDO HABLAMOS DE UN SISTEMA COMUNITARIO?

Los procesos de integración requieren de una normatividad jurídica que regule su funcionamiento y organización, razón ésta que da origen al derecho comunitario y de ahí que en Europa se hable de derecho originario y de derecho derivado, constituyendo el primero, los Tratados Constitutivos que forman a decir del profesor Jorge Luis Suárez, *el Derecho Constitucional de la Comunidad*. En la Comunidad Andina lo conforman: el Acuerdo de Cartagena, suscrito en 1969, Protocolos e Instrumentos Adicionales como el de la adhesión de Venezuela a la Comunidad Andina, antes Pacto Andino; Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, con sus Protocolos modificatorios como el de Cochabamba

Bolivia, firmados del 28 de mayo de 1996, mediante los cuales se introdujeron importantes reformas.

En Europa el Derecho Originario sería el Tratado de París del 18 de abril de 1951, por el que se creaba la CECA, el Tribunal de Justicia; Tratado Constitutivo de la CEE y, Tratado de la CEEA.

Y el segundo, es decir el derecho derivado, del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina según lo establece el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Art. 2, lo conforman las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión; las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de Complementación Industrial; y en el Derecho Comunitario Europeo lo forman los actos normativos adoptados por las instituciones comunitarias señalados en el artículo 189 TCE y son los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

Uno de los aspectos determinantes para hablar de derecho comunitario es la supranacionalidad, mediante la cual se manifiesta la cesión de competencia de los Estados Miembros a determinados órganos para que actúen con independencia de los órganos comunitarios que están conformados por personas de la Comunidad y no como representantes de los Estados Miembros. Esta característica la tienen un mayor número de órganos en la Comunidad Europea, pero, la cantidad de órganos supranacionales no es solo lo que identifica a un sistema de derecho comunitario, en la Comunidad Andina son órganos supranacionales la Secretaría General y el Tribunal de Justicia.

La autonomía financiera es un aspecto importante puesto que, al funcionar los órganos completamente independientes de toda injerencia que pudiera tener un Estado a través de un funcionario que por su nacionalidad se identifique con ese Estado Miembro, se estaría fortaleciendo la supranacionalidad y se garantizaría el cumplimiento de los objetivos de la comunidad comunitaria.

En la Comunidad Andina, a diferencia de la Europea, no se cuenta para su financiamiento con recursos propios, sino con aportaciones que provienen de los Estados Miembros en proporción de las condiciones económicas de cada uno de los países, pero, esto no impide que la actuación de sus miembros y en especial del Tribunal deje de ser objetiva y apartada de los intereses de la justicia andina.

## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### Generalidades de la Comunidad Europea

La Comunidad Europea surgió del deseo de establecer una Europa pacífica, unida y próspera después de los horrores de las dos guerras mundiales; hoy en día, es la expresión más avanzada y concreta de la integración mundial.

Los orígenes de la Unión Europea se remontan hacia 1950 cuando el ministro francés de Asuntos Extranjeros, Roberto Schuman propuso la creación de la primera comunidad europea referente al carbón y al acero dando lugar, un año después, a la aceptación de seis países para la firma del Tratado de París que estableció la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).

Posteriormente, los seis países europeos decidieron aplicar el mismo criterio a toda la economía europea, suscribiendo simultáneamente, en 1957, los tratados de Roma

que crearon la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM).

La Comunidad Europea tiene como misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre sus Estados Miembros; actualmente el número de Estados que participan en este proceso de integración política y económica es de quince, puesto que a los seis países fundadores (Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo, Bélgica y Holanda) se han ido añadiendo en 1973 Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, en 1981 Grecia, en 1986 España y Portugal, y finalmente en 1995 Austria, Finlandia y Suecia.

El Tratado de la Unión Europea en sus artículos 3 y 3 A establece los objetivos generales, los mismos que podrían resumirse en:

- La integración económica y el progreso social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores.
- La paz entre la naciones europeas, anteriormente divididas por seculares rivalidades.
- Establecer una unión económica y monetaria que implica una moneda única, el Euro, y desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior.

La realización de estos objetivos debe garantizar el respeto de las libertades de los derechos fundamentales, identidad nacional de los Estados Miembros, subsidiaridad, suficiencia de medios y de unidad institucional.

El mecanismo institucional de las comunidades europeas es el mejor modelo entre las organizaciones supranacionales existentes en el mundo, sus competencias le son atribuidas expresamente por los tratados o se deducen implícitamente de los mismos. Sus principales instituciones son las siguientes:

- El Consejo de Ministros
- La Comisión
- El Parlamento Europeo
- El Tribunal de Justicia
- El Tribunal de Cuentas
- Comité Económico Social
- Comité de las Regiones
- El Sistema Europeo de Bancos Centrales

## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE)

### Generalidades

El Tribunal de Justicia tiene por misión fundamental pronunciarse sobre la interpretación del Derecho Comunitario y velar por que este derecho sea aplicado tanto por las instituciones europeas como por los Estados Miembros. El mismo constituye un tribunal único dentro de la Comunidad Europea y que, basado en el derecho comunitario, administra justicia en el marco de los dispuesto en cada uno de los tratados constitutivos.

El Tribunal tiene su sede administrativa en Luxemburgo y ha contribuido al desarrollo y consolidación del sistema jurídico e institucional de la Unión Europea.

Sus dos primeras sentencias se dictaron dos años después de su creación en diciembre de 1954; posteriormente no solo el tratado constitutivo de la CEE, sino también el tratado de la CEEA en su artículo tres instituyen un Tribunal de Justicia similar. En el Convenio Adicional del 25 de

marzo de 1957 relativo a determinadas instituciones comunes, se decidió que las competencias que en cada tratado habían sido atribuidas a un Tribunal debían ejercitarse por un Tribunal de Justicia único. De allí que empiece a funcionar a partir del 7 de octubre de 1958.

### COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El Tribunal se compone de los jueces, los abogados generales y el secretario. Los jueces y los abogados son elegidos entre los juristas que tengan una notoria competencia. Actualmente existen quince jueces que de acuerdo al TCE (artículo 167) son nombrados por sus respectivos gobiernos por un período de seis años.

Cada tres años se efectúa una renovación parcial que afecta, alternativamente, a ocho y siete jueces, así como a cuatro abogados generales.

El Tribunal puede actuar según se regula en los artículos 165 del TCE y 95 del Reglamento de Procedimiento o en Sesión Plenaria (Gran Pleno o Pequeño Pleno) o en Salas.

Los jueces y los abogados generales son inamovibles y gozan de inmunidad de jurisdicción. Dicha inmunidad solo puede ser levantada mediante decisión unánime del propio Tribunal. El Presidente del Tribunal es elegido por los propios jueces para un período de tres años y su mandato es renovable. Su principal función consiste en la supervisión de los trabajos del Tribunal y conviene destacar aquí la competencia del Presidente para nombrar al juez ponente en cada asunto. Así mismo, en los procedimientos de urgencia, el Presidente se pronuncia sobre las peticiones de medidas provisionales o bien puede optar por remitir la decisión sobre la suspensión de la ejecución de un acto comunitario o nacional al Tribunal en Pleno.

Los jueces no pueden actuar en una jurisdicción de su propia nacionalidad.

La figura del abogado general concede al Tribunal de Justicia una importante originalidad. Éste asiste a los jueces presentando públicamente, con toda independencia e imparcialidad, conclusiones motivadas de los asuntos promovidos ante el Tribunal de Justicia a fin de asistirle en el cumplimiento de su misión (Art.166 TCE). Su figura se asemeja al Comisario de Gobierno en el Consejo de Estado de Francia. Su nombramiento, derechos y deberes se rigen por lo previsto para los jueces. Existen cinco puestos fijos de abogados generales de las naciones grandes (Alemania, Francia, España, Italia y Reino Unido). Los demás puestos de abogados generales corresponden a nacionales de países miembros pequeños (rotando entre ellos por orden alfabético).

### TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Primera Instancia se creó mediante una decisión del Consejo de Ministros a solicitud del TJCE, el 24 de octubre de 1988, y empezó a funcionar el 1 de octubre de 1989. Está formado por quince jueces quienes eligen un presidente. En caso necesario, uno de los jueces puede actuar como abogado general; las competencias de este Tribunal tienden a alcanzar todo tipo de recursos, excepto las cuestiones prejudiciales (Art. 168.A TCE).

### COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

La competencia del Tribunal es obligatoria, de modo que los países miembros de la Comunidad Europea no tienen otra vía para solucionar los posibles conflictos que surgen entre sí. El Tribunal puede tanto pronunciar sentencias como emitir opiniones cuando éstas se solicitaren. Sus competencias son las siguientes:

#### 1. EL TJCE COMO GARANTE DEL RESPETO DE LA LEGALIDAD COMUNITARIA POR LOS PAÍSES MIEMBROS

Son dos básicamente las vías a través de las cuales el TJCE controla la adecuación de la actividad o inactividad de los Estados Miembros al Derecho Comunitario (Art. 169 y 170 TCE).

Tal control es directo cuando se ejerce por la interposición de un recurso por incumplimiento (Art.169 y 171 TCE), cuyo objeto es obtener la declaración del incumplimiento de un Estado Miembro del Derecho Comunitario.<sup>3</sup> Y es indirecto cuando el TJCE se pronuncia a través de una cuestión prejudicial acerca de la interpretación del Derecho Comunitario.

- a) Recurso por incumplimiento o infracción.
- b) Cuestión prejudicial de interpretación.

#### a) Recurso por incumplimiento o infracción

Consiste en la aplicación del Derecho Comunitario mediante mecanismos de control previstos en este derecho, con base a recursos presentados por la Comisión o por un Estado Miembro.

En la fase inicial la Comisión está en condiciones de negociar con los Estados Miembros con el objetivo de que adopten las medidas necesarias en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del tratado o del derecho derivado. En caso contrario, la Comisión eleva la denuncia ante el Tribunal, el cual puede emitir una sentencia condenatoria.

El Tribunal de Justicia europeo puede recibir denuncias provenientes ya sea de un Estado Miembro o de la Comisión. Para los particulares, la presentación de la denuncia es indirecta y se la debe hacer ante la Comisión.

Este recurso ha sido interpretado en el sentido de que incluye la garantía no solo del Derecho Comunitario Originario sino del Derecho Comunitario en su globalidad, incluidos el Derecho Derivado y los Principios Generales del Derecho Comunitario; por tanto los artículos 169 y 170 del TCE se pueden referir tanto al derecho derivado como complementario. Lo mismo cabe decir incluso de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad con los terceros Estados en virtud del Art. 228 del TCE, puesto que según establece el mencionado precepto en su apartado séptimo, genera derecho vinculante tanto para la Comunidad como para los Estados Miembros.<sup>4</sup>

#### b) La cuestión prejudicial de interpretación ( Art. 177 TCE)

Obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de someter a consideración del TJCE la cuestión de Derecho Interno que se vea incompatible con el Derecho Comunitario.<sup>5</sup>

**Requisitos de la remisión prejudicial de interpretación**

Son dos esencialmente:

- La existencia de una duda razonable, acerca de cómo ha de ser interpretado el Derecho Comunitario, tanto originario, derivado y complementario; y que la
- Aclaración por el TJCE sea objetivamente necesaria.

**Noción de un Órgano Jurisdiccional de un Estado Miembro**

En la sentencia Vaasen Göbbels del 30 de junio de 1966 (61/65) se establecen los elementos que deben concurrir en un órgano nacional para poder ser considerado órgano jurisdiccional de un Estado Miembro y son cinco:

- a. creación por ley
- b. carácter permanente
- c. competencia obligatoria
- d. procedimiento contradictorio
- e. aplicación de normas jurídicas

**La objeción o facultad de plantear la cuestión prejudicial al TJCE**

Esta noción depende de si el órgano jurisdiccional es superior o inferior.

Cuando se trate de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, los mencionados órganos están no solo facultados sino obligados a plantear la cuestión prejudicial cuando concurren los requisitos antes referidos.

Cuando la remisión es facultativa, es decir, cuando la decisión del órgano jurisdiccional nacional es susceptible de ulterior recurso judicial de derecho interno. Esto no plantea problema alguno.

**Doctrina del acto claro y del acto aclarado**

La doctrina del acto claro sostiene que no cabe hablar de la existencia de duda interpretativa razonable u objetiva cuando estamos frente a un acto claro y, por lo tanto, exime de la obligación de plantear la cuestión prejudicial en virtud del artículo 177. Doctrina incorporada por el TJCE a partir de la Sentencia CILFIT del 6 de octubre de 1982 (283/81).<sup>6</sup>

Para considerar un acto claro el Tribunal establece que el órgano jurisdiccional esté convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros y al Tribunal de Justicia. De tal manera que si solo se cumplen estos dos requisitos los órganos jurisdiccionales se pueden abstener de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia autoridad.

En todo caso el Tribunal vela por que no se haga una interpretación generosa de esta doctrina por parte de las jurisdicciones nacionales, puesto que, en función de la unidad del orden jurídico comunitario, el Tribunal tendría una difícil tarea.<sup>7</sup>

**El acto aclarado**

Se refiere a una cuestión interpretativa ya resuelta, es decir exime a los órganos jurisdiccionales superiores de reiterar el planteamiento de una cuestión interpretativa ya resuelta. Por tanto, los órganos jurisdiccionales interpretarán la cuestión prejudicial con el objeto de eximir la obligación de plantear la cuestión para que el Tribunal la precise aún más.<sup>8</sup>

**2. EL TJCE COMO GARANTE DEL RESPETO DE LA LEGALIDAD COMUNITARIA ART. 173 Y 175 DEL TCE**

El Tribunal de Justicia Europeo es el garante de la Constitución Comunitaria mediante el control de la legalidad de los actos jurídicos obligatorios adoptados por las personas físicas y jurídicas, Estados e instituciones.

Las causas de anulación enumeradas en el Art. 173 del TCE son :

Incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del tratado o de cualquier disposición relativa a su aplicación y desvío de poder; el plazo para la interposición del recurso de anulación es de dos meses posteriores a la publicación del acto o de la notificación al recurrente. Los efectos de la anulación se regulan en el Art. 174 del TCE.

Los recursos pueden ser interpuestos por un Estado Miembro, el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo y el Banco Central Europeo. Según el Art. 173 del TCE el Estado Miembro, el Consejo y la Comisión se distinguen como demandantes privilegiados. Su privilegio consiste en que no necesitan probar la existencia de un interés para actuar, pudiendo impugnar tanto actos de alcance general como particular. La posición del Parlamento Europeo y del Banco Central Europeo es algo diferente, pues solo están legitimados para recurrir en defensa de sus prerrogativas. Los demandantes no privilegiados son las personas físicas o jurídicas quienes pueden presentar un recurso limitado a las decisiones de las que sean destinatarios o a las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, les afecte directa e individualmente. Por lo que resulta casi imposible fundamentar la legitimación de un particular para recurrir de forma directa ante el TJCE, un acto comunitario de naturaleza normativa generalmente se lo hace por la vía de excepción de ilegalidad del Art. 184 del TCE, puesto que ésta tiene por finalidad la aplicación interpartes de la norma de cobertura, es decir, la anulación solamente del acto de aplicación impugnado por carecer éste de cobertura normativa válida en el caso concreto. La excepción de ilegalidad es cuestión incidental.<sup>9</sup>

**Recurso por omisión**

Según el Art. 175 del TCE, los Estados Miembros, las instituciones comunitarias y, de forma más limitada los particulares pueden presentar ante el Tribunal el recurso por omisión, es decir, cuando una institución se niega a adoptar un acto a pesar de estar obligada para ello.

Este recurso tiene dos fases:

En la primera la institución acusada debe haber sido invitada a actuar previamente. Luego de esto, si transcurren dos meses sin que la institución actúe, se inicia la fase jurisdiccional y se abre un plazo de dos meses para que el denunciante pueda presentar el recurso. Por tanto, se puede recurrir toda conducta que se abstenga de pronunciamiento o a la no adopción de un acto distinto de una recomendación o de un dictamen, siempre que haya sido previamente requerido.

Pueden interponer este recurso los Estados Miembros y las demás instituciones de la Comunidad, así como el Banco Central Europeo en el ámbito de sus competencias,

y las personas físicas y jurídicas; por una omisión en los términos antes señalados, ya sea por la Comisión, el Consejo o el Parlamento Europeo.<sup>10</sup>

### La cuestión prejudicial de validez

En este recurso los jueces jurisdiccionales nacionales inferiores tienen dos opciones: o realizar por sí mismos un juicio positivo de validez o bien plantear la cuestión prejudicial de validez ante el TJCE, puesto que el juicio negativo de validez le corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia Europeo.<sup>11</sup>

Por el contrario si objetivamente existe una duda razonable acerca de la constitucionalidad o legalidad de un acto comunitario y no se impone positivamente el juicio positivo de validez en virtud de la doctrina del acto claro o del acto aclarado, los órganos jurisdiccionales superiores están obligados a plantear la correspondiente cuestión de validez ante el Tribunal de Justicia.

Los jueces nacionales pueden realizar juicios negativos en procedimientos de tutela cautelar (procedimiento incidental).<sup>12</sup>

### Jurisdicción administrativa

Con los procedimientos de excepción de ilegalidad y de responsabilidad contractual, el Tribunal de Justicia Europeo tiene la función de jurisdicción administrativa (Art. 184, 178 y 215 del TCE).

La Excepción de Ilegalidad permite el control de la legalidad de un acto dentro de un litigio en el que cualquiera de las partes cuestiona ante el Tribunal un reglamento del Consejo de Ministros o de la Comisión disponiendo la facultad de invocar por excepción de ilegalidad, alegando la inaplicabilidad de dicho reglamento por los motivos previstos en el Art. 173 de TCE. Por tanto, esta excepción de ilegalidad no anula el reglamento. No existe plazo para invocar esta excepción, pudiendo hacerse a lo largo del procedimiento.

La excepción de ilegalidad no es una vía procesal autónoma sino un motivo invocado ex parte en el marco de un recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia.

Es un recurso incidental que tiene por finalidad evitar la desprotección de los particulares frente a los actos de carácter general adoptados por las instituciones comunitarias cuando sus efectos jurídicos recaigan sobre dichos particulares de un manera directa e inmediata.

Con relación a los Estados Miembros, la jurisprudencia del Tribunal establece que estos no podrán recurrir por esta vía, ya que se trata de evitar que puedan invocar la ilegalidad del acto cuyo incumplimiento se les reprocha.<sup>13</sup>

### El recurso de responsabilidad extracontractual

Este recurso está regulado en los artículos 176 y 215 del TCE. En este recurso, la Comunidad debe reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados Miembros.

Este recurso lo puede presentar cualquier persona física o jurídica así como los Estados Miembros.<sup>14</sup>

Para recurrir mediante esta vía es necesario que concurren tres condiciones:

- la existencia del daño,
- la relación de causalidad entre el daño y la conducta de la institución, y
- la existencia ilegal de la conducta de la institución.

### Control previo de los acuerdos institucionales

La celebración de un acuerdo internacional puede ser dirigida al Tribunal de la Comunidad Europea ya sea por el Consejo de Ministros, la Comisión o un Estado Miembro con el objeto de invocar la manifestación de la competencia consultiva del Tribunal sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previo con las disposiciones del artículo 228.6 de TCE. El acuerdo solo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el Art. N del TUE.

## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

### Generalidades de la Comunidad Andina

La Comunidad Andina surgió del deseo de establecer un extenso y avanzado esquema de integración que linda con la unión económica. Su meta suprema era lograr un mejoramiento persistente del nivel de vida de todos los habitantes del área andina.

Los orígenes de la Comunidad Andina se remontan hacia el 26 de mayo de 1969 cuando se creó el llamado Grupo Andino. A mediados de la década de los años sesenta la entonces Asociación Latinoamericana de Libre Comercio ALALC, integrada por 11 países, confrontaba dificultades al no contar con mecanismos que permitieran profundizar la integración. El 16 de agosto de 1966, los Presidentes de Colombia, Chile y Venezuela y los Representantes de Ecuador y Perú suscriben la Declaración de Bogotá, en la que expresan su decisión de acelerar el proceso de integración. El 30 de junio de 1967 se instala en Viña del Mar la Comisión Mixta y luego, el 7 de enero de 1968, se constituye el Comité de Expertos Gubernamentales, encargado de elaborar el proyecto de texto del Acuerdo de Integración Subregional. El 25 de mayo de 1969 la Comisión Mixta, reunida en Cartagena Colombia, dejó listo el texto de dicho acuerdo que fue suscrito por los Plenipotenciarios de los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, el 26 de mayo de 1969 en la ciudad de Bogotá. El acuerdo entró en vigencia en octubre de ese año.

En febrero de 1973 Venezuela se sumó al Acuerdo de Cartagena, ampliándose a 6 los integrantes de la Comunidad Andina. En octubre de 1976 Chile se marginó del Acuerdo por divergencias principalmente en materia económica.

Posteriormente entraron en vigencia cuatro protocolos: el Protocolo de Lima (1976); el Protocolo de Arequipa (1978); el Protocolo de Quito (1987 Decisión 236) y el Protocolo de Trujillo (1996, Decisión 406).

El Protocolo de Trujillo sustituye el capítulo II del Acuerdo de Cartagena y fue suscrito por los Presidentes Andinos de los países miembros con ocasión del Octavo Consejo Presidencial celebrado en la ciudad de Trujillo Perú, en marzo de 1996. Este mismo Protocolo crea la Comunidad Andina y establece el Sistema Andino de Integración. Además se encargó a la Comisión de la Comunidad Andina la elaboración de un texto único ordenado, el cual sería adoptado mediante Decisión. De esta manera, el 25 de junio de 1997, dicha Comisión en su octogésimo séptimo Período Extraordinario de Sesiones celebrado en la ciudad de Quito Ecuador, aprobó la Decisión 406: Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena).



El sistema institucional de la Comunidad Andina es el siguiente:

- el Consejo Presidencial Andino,
- el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores,
- la Comisión de la Comunidad Andina,
- la Secretaría General de la Comunidad Andina,
- el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,
- el Parlamento Andino,
- el Consejo Consultivo Empresarial,
- el Consejo Consultivo Laboral,
- la Corporación Andina de Fomento,
- el Fondo Latinoamericano de Reservas,
- el Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriben al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo,
- la Universidad Andina Simón Bolívar,
- los Consejos Consultivos que establezca la Comisión, y
- los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

El Acuerdo de Cartagena tiene propósitos que apuntan a los siguientes objetivos:

- promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros,
- acelerar su crecimiento mediante la integración económica,
- establecer las condiciones favorables para la formación de un mercado común latinoamericano,
- reducir las diferencias existentes entre los países miembros mediante el desarrollo equilibrado y armónico, procurando mejorar el nivel de vida de sus habitantes. Para la realización de estos objetivos se establecieron mecanismos concretos:
- programación conjunta de programas sectoriales para intensificar el desarrollo industrial,
- armonización de las políticas económicas y sociales como también la aproximación de las legislaciones nacionales en materias concretas,
- establecimiento de un arancel externo mínimo común (AEMC),
- programas de desarrollo agropecuario,
- integración fiscal, y
- tratamiento preferencial a Bolivia y Ecuador.

Estos mecanismos permitirán un equilibrio sin afectar la eficacia del sistema siempre que se presenten con claridad, simplicidad, y equilibrio, es decir, que la coordinación debe darse tanto a nivel andino como nacional, apuntando al reforzamiento de la integración.

Al respecto el profesor Juan Manuel Sobrino Heredia comenta: *Se trataría en definitiva que se consolide un marco institucional único, respetándose el equilibrio institucional. Esto es, cada institución ejercerá sus competencias sin invadir las de los demás, de modo que todo incumplimiento de esta regla pueda ser sancionado. Ahora bien estas instituciones que gozarían de autonomía financiera y administrativa están llamadas a dialogar entre ellas, y este diálogo debe inspirarse en el principio de cooperación leal interinstitucional, correspondiendo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina garantizar este equilibrio.*<sup>15</sup>

## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (TJCA)

### Generalidades

El Tribunal de Justicia tiene por misión fundamental pronunciarse sobre la interpretación del derecho comunitario andino y velar por que este derecho sea aplicado por los Estados Miembros. El mismo constituye un tribunal único dentro de la Comunidad Andina y, basado en el derecho comunitario, administra justicia en el marco de lo dispuesto en el Tratado de su creación con sus protocolos modificatorios como el de Cochabamba Bolivia, firmado el 28 de mayo de 1996, mediante el cual se hicieron reformas importantes al sistema judicial andino.

El Tribunal tiene su sede administrativa en Quito. Inició sus labores en enero de 1984, fecha a partir de la cual ha ejercido sus funciones tanto de índole judicial, referente a sus atribuciones, como de difusión de las normas comunitarias, por lo que se incrementó la intervención de los Estados Miembros ante el Tribunal a través de sus órganos nacionales. Difusión que a partir de 1995 cuenta con el patrocinio económico de la Comunidad Europea, y con el apoyo de los Tribunales Comunitarios de Luxemburgo.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuenta también con una base de datos especializada que permite el intercambio de información con las diversas instituciones del Sistema Andino de Integración y con las administraciones de justicia de los diferentes Estados Miembros.

Uno de los aciertos de la reforma que se da con Cochabamba es lograr la mayor participación posible de los particulares, así como también la incorporación de nuevas acciones o recursos. Antes de la reforma solo existían la acción de nulidad, incumplimiento y la cuestión prejudicial.<sup>16</sup>

### COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

El Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina. Se rige por el Tratado de su creación que fue suscrito el 28 de mayo de 1979 en Cartagena (Colombia), con sus protocolos modificatorios como el de Cochabamba Bolivia, firmado el 28 de mayo de 1996, mediante el cual se hicieron reformas importantes del sistema judicial andino.

El Tribunal se compone de 5 magistrados nacionales de los Países Miembros del Grupo Andino, los mismos que son designados para un período de seis años y se renuevan parcialmente cada tres.

La función del Tribunal es solucionar las controversias que surjan de la aplicación de las normas comunitarias. Las competencias del Tribunal abarcan las acciones de nulidad, de incumplimiento, la interpretación por vía prejudicial de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral.

Actualmente el Tribunal ha sustituido el mecanismo original de solución de controversias propio de los sistemas de integración intergubernamental, en el que anteriormente se encargaba a la Comisión llevar a cabo los procedimientos clásicos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación cuando se presentaran divergencias con moti-

vo de la interpretación o ejecución del Acuerdo de Cartagena y las propias decisiones de la Comisión, convirtiéndose en el verdadero garante del respeto del derecho comunitario andino en el ámbito de sus competencias.

### COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

El Tribunal basa sus competencias y jurisdicción en el Tratado que lo crea, así como en el Protocolo modificatorio mediante el cual se introducen sustanciales reformas al ordenamiento jurídico de la Comunidad, como: la creación y organización del Tribunal, las competencias del Tribunal y disposiciones transitorias. En cuanto a sus competencias se incorporaron tres acciones más. En primer orden analizaremos las existentes antes de la reforma.

**ACCIÓN DE NULIDAD.**- El Tribunal, según lo establece el Art. 101 del Estatuto del TJCA, tiene la competencia para declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y de los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí, en el marco del proceso de la integración subregional andina y, que atenten contra el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, incluyendo la desviación de poder.

Esta acción puede ser demandada ya sea por un País Miembro, las instituciones comunitarias o las personas jurídicas o naturales que les sean aplicables y que les causen perjuicio. Esta última legitimación, según comentario del magistrado Gualberto Dávalos García, *Se asemeja a la legitimación para recurrir a los recursos de corte ius privatista consagrados en el ordenamiento jurídico interno de los países andinos, en general reservados exclusivamente a los titulares de auténticos derechos subjetivos de índole civil.*<sup>17</sup>

El plazo para presentar el recurso de nulidad debe estar comprendido dentro de los 2 años siguientes a la fecha de entrada en vigor de la Decisión, Resolución o del convenio objeto de dicha acción.

Con relación al recurso de nulidad de la Comunidad Europea, se establece en el andino que a pesar de haber transcurrido el plazo señalado cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales podrá solicitar a dichos jueces la inaplicabilidad de la decisión o resolución, según el caso, siempre que el caso se relacione con la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, artículo 20 párrafo segundo del Tratado de Creación del TJCA. Esto es lo que en Europa se denomina la cuestión prejudicial de validez, pero que en el ámbito andino se ha catalogado como excepción de inaplicación, al respecto el profesor Jorge Luis Suárez considera que *No es correcto por cuanto tal solicitud de inaplicabilidad debe ser hecha ante el juez nacional, quien debe posteriormente consultar la validez al máximo tribunal comunitario y suspender el proceso hasta recibir la providencia del mismo.*<sup>18</sup>

En cuanto a las causales de nulidad, el Estatuto del Tribunal establece las mismas que determina la jurisprudencia europea.

**ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO** (Art. 107 del Esta-

tuto del TJCA).- Los Estados Miembros, las instituciones comunitarias y los particulares pueden presentar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el recurso por incumplimiento, es decir, cuando un País Miembro se niega a adoptar un acto a pesar de estar obligado para ello.

Este recurso consta de dos fases: la primera, administrativa, se da cuando la Secretaría General considera que un país ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o convenios que forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Las observaciones se presentarán por escrito y el País Miembro está obligado a contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, el cual no deberá ser mayor a los 60 días (Art. 23 del Tratado de Creación del TJCA). La Secretaría General emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuera de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar dentro del plazo de los sesenta días siguientes del mencionado dictamen el pronunciamiento del Tribunal.

Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incumplido las normas del ordenamiento jurídico, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos. Para que ésta realice las gestiones necesarias dentro del plazo señalado anteriormente y si a pesar de ello el País Miembro no cumple, la Secretaría General, en los quince días siguientes, emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones.

Si el país persistiere en el incumplimiento, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal, caso contrario, el País reclamante podrá acudir directamente al Tribunal (Art. 24 del Tratado de Creación del TJCA).

De igual manera las personas naturales o jurídicas afectadas en su derechos por el incumplimiento de un País Miembro podrán acudir a la Secretaría General o al Tribunal de Justicia, siguiendo el mismo procedimiento establecido cuando un País Miembro considere que otro País de la Comunidad Andina ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. (Art. 25 del Tratado). Ésta es una de las diferencias más notables, puesto que en la Comunidad Europea el particular tiene limitaciones, en tanto que en la Comunidad Andina la puede intentar directamente.

Si en 90 días siguientes a la notificación a un Estado que ha incurrido en incumplimiento éste no adoptare su conducta al ordenamiento, el Tribunal de Justicia sumariamente y previa opinión de la Secretaría General determinará los límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender total o parcialmente las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al País Miembro remiso. (Art. 27 del Tratado de Creación del TJCA).

Las Sentencias de Incumplimiento dictadas por el Tribunal con relación a las personas naturales o jurídicas constituirán título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

**LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.**- Por medio de esta acción se quiere lograr la uniformidad en cuanto a la interpretación del derecho comunitario en todo su ámbito de aplicación territorial (Art. 33 del Tratado de Creación del TJCA).

Con relación a lo establecido en el artículo 177 del Tratado de Roma, la acción andina guarda una estrecha relación con éste.

Los jueces nacionales tienen la facultad, cuando la causa que se tramite tenga relación con el derecho comunitario, para solicitar la interpretación de disposiciones comunitarias al Tribunal de Justicia Andino.

Es la acción que más actividad ha significado para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Con este recurso se pretende confirmar el carácter obligatorio de consulta en los casos en que las decisiones de los jueces nacionales no admitan recurso alguno según el derecho interno (Art. 123 del Tratado del TJCA).

El juez nacional es el único responsable de elevar el asunto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; de la misma opinión participa el ex Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Dr. Patricio Bueno Martínez, quien sostiene que lo relevante no es la jerarquía del órgano judicial sino los efectos de su decisión, *por lo que se entenderá que un juez de primera instancia cuya sentencia no tenga recurso alguno está obligado a solicitar la interpretación prejudicial*.<sup>20</sup>

Al respecto es pertinente la remisión a determinados fallos de la Corte Suprema ecuatoriana en los que se declara la nulidad procesal sin antes pedir la interpretación prejudicial de la norma comunitaria andina.<sup>21</sup>

Este recurso constituye un medio de control de la adecuación del derecho interno de los Estados Miembros al derecho comunitario.

**LA ACCIÓN DE OMISIÓN O DE INACTIVIDAD (Art. 129 del Estatuto del TJCA).**- Ha sido incorporada por el Protocolo de Cochabamba. Su finalidad se desarrolla cuando el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstuvieren de cumplir alguna actividad a la que están obligados expresamente por el ordenamiento jurídico andino.

Los mencionados órganos y las personas naturales o jurídicas que se vean afectadas en sus intereses legítimos o derechos subjetivos podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones a través de la acción referida.

Al igual de lo que establece el Tratado de Roma para que proceda el recurso, el órgano de que se trate debe ser previamente requerido.

**ACCIÓN ARBITRAL (Art. 38 del Tratado de Creación del TJCA)**.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos o instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros cuando las partes así lo acuerden.

Los particulares podrán establecer que en caso de controversia será el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina quien dé solución al problema, siempre que se trate de contratos regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

El laudo que emitiera el Tribunal será obligatorio, inapelable y constituirá título suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro. Esta acción no está contemplada en el Tratado de Roma.

**ACCIÓN LABORAL (Art. 135 Estatuto del TJCA).**- El Tribunal de la Comunidad es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. Esto es en razón de las inmunidades y privilegios que gozan los órganos comunitarios. A los tribunales nacionales se les excluye de esta competencia.

Esta acción tampoco es considerada por el Acuerdo de Roma.

### Consideraciones finales

Las exclusivas competencias que identifican a cada uno de los tribunales comunitarios permiten determinar la filosofía y propósito de cada uno de estos organismos de administración de justicia, ya que desde el punto de vista del derecho comunitario convergen en una misma dirección.

Según la jurisprudencia del TJCA, al derecho comunitario se lo puede definir como una manifestación jurídica peculiar que opera dentro de una órbita de acción propia basada en el mutuo respeto de las competencias funcionales de los Estados que deciden conformar una comunidad de naciones.

El desarrollo de un sistema de integración basado en los principios de derecho comunitario incorpora dentro de su ordenamiento tanto la supranacionalidad, como la eficacia directa y la primacía de las normas, aspectos que la Comunidad Europea ha desarrollado en mejor modelo.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es órgano supranacional puesto que los Estados Miembros han cedido parte de su soberanía al ratificar la creación y competencias de este Tribunal; además, es un órgano independiente en cuanto a la toma de sus decisiones y sus fallos son vinculantes.

La eficacia directa está consagrada en el artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA. El ordenamiento jurídico es imperativo de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y debe ser respetado y cumplido por todos ellos y también por los órganos de la Comunidad, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejerzan atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho, como lo es la Comunidad Andina.

En cuanto a la primacía, el TJCA en reiteradas ocasiones se refiere a este principio señalando que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación en las normas internas o nacionales por ser característica esencial del derecho comunitario como requisito básico para la construcción integracionista.

Una de las situaciones más difíciles en un pacto subregional es que los países cumplan con sus obligaciones para que exista un verdadero proceso de integración; al existir un organismo que declare tal incumplimiento, se está regulando una conducta evasiva, permisiva o prohibitiva de un País Miembro.

La existencia de incumplimientos dentro de los convenios de integración siempre se va a dar, porque así como los particulares incumplen una norma, los Países Miembros lo hacen de igual forma por medio de cualquier órgano interno. Entonces, regular esos incumplimientos o declararlos sí contribuye decididamente para que exista en primer término un respeto a lo que es la norma comunitaria, a que los países se regulen por el derecho y no por la arbitrariedad y para que el intercambio intersubregional no

sufra paralizaciones o tropiezos que perjudiquen a un comercio centrado en la libre circulación de mercancías, que establece el Acuerdo de Cartagena como una de sus bases esenciales.

Se trata también de evitar que los Países Miembros, por determinadas conductas, impongan medidas proteccionistas a sus productos en perjuicio de la libre circulación de mercancías, pues los Estados saben y conocen que las restricciones o gravámenes que establezcan pueden ser condenados por un Tribunal mediante la acción de incumplimiento.

En definitiva lo que persigue con la Comunidad Andina es una mayor integración, una libre circulación de bienes y más tarde de personas.

Afortunadamente, antes de 1996 no llegó al Tribunal ninguna acción de incumplimiento pese a que existieron muchas, sobre todo en cuanto a la aplicación de aranceles. Ahora este tipo de acciones se ha incrementado, lo cual tampoco se puede decir que es lo óptimo, ya que si en un proceso de integración hay más incumplimientos que cumplimientos, las relaciones entre los países pueden volverse más tensas que normales.

Pero, frente a una acción de esta naturaleza, los países se previenen de incurrir en nuevos incumplimientos de la misma especie o índole y pueden corregir tal incumplimiento con el dictamen motivado pronunciado por la Secretaría General, lo cual es bastante beneficioso para las interrelaciones entre ellos.

En cuanto a la Acción Prejudicial, pese a que las interpretaciones prejudiciales han sido las más numerosas dentro del Tribunal, no se consideran de tanta importancia y trascendencia para el proceso de integración como las de incumplimiento pues, mientras éstas aclaran el contenido de una norma las otras exigen su cumplimiento, de lo que se trata en definitiva en el Sistema de Integración Andina, como dentro de cualquier Estado, es que exista un Estado de Derecho Comunitario dentro del cual cada órgano interno comprenda el alcance, fundamento y objeto de lo que es un Pacto Subregional o un sistema de integración supranacional.

Se espera que más adelante los propios países se interesen en llevar a reformas las normas comunitarias, en especial en materia de comercio de productos agropecuarios, medidas fitosanitarias para evitar que se impongan, sin motivo, restricciones en la exportación de esos productos de un país a otro, que es lo que se ha dado frecuentemente.

De este modo la acción de incumplimiento da lugar a que los países, antes de dictar una norma interna que perturbe la libre circulación de mercancías o se otorgue una ventaja a un producto interno en perjuicio de los extranjeros, violando la equidad y con carácter discriminatorio, analicen que pueden ser sujetos de una demanda de incumplimiento y que la sentencia del Tribunal no es solamente declarativa sino que obliga a su cumplimiento.<sup>22</sup>

El TJCA, con las sentencias de incumplimiento, de nulidad y de interpretación prejudicial ha logrado, en primer lugar, que las normas comunitarias tengan un igual sentido y alcance en todos los Países Miembros, es decir, se ha unificado en ciertas materias, principalmente de propiedad industrial (marcas) con relación a ciertos conceptos que eran entendidos de diferente manera en los distintos Países Miembros.

El Tribunal ha dado respetabilidad a la Comunidad Andina, pues su existencia ha originado que el rompimiento de una norma comunitaria tenga reparo por parte de la acción de nulidad o de incumplimiento.

En la Comunidad Andina, las interpretaciones prejudiciales en mayor número han sido solicitadas por Colombia, luego por Ecuador y Venezuela y no lo han hecho Bolivia ni Perú. En cambio, la acción por incumplimiento ha sido recurrida en contra de todos los Estados, inclusive por Bolivia. Esto va a dar lugar a una mayor cohesión jurídica en la Comunidad y aunque parezca mentira, obligará a los Países Miembros a través de sus funcionarios a que se preocupen de comprender cuál es su alcance y cuáles son sus normas.

En lo que respecta a la acción directa de los particulares, en cierta forma no es tan directa. Según el artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA *LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al Procedimiento previsto en el artículo 24, antes analizado.*

El Tribunal de Justicia juega un papel fundamental en el proceso de integración, ya que, además de ser el intérprete supremo y el garante del respeto y cumplimiento del derecho comunitario, está constantemente a través de su jurisprudencia confirmando la aplicación de los principios rectores de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno.

En la Comunidad Andina la figura del abogado general no se ha desarrollado a pesar de estar consagrada en el artículo 142 del Estatuto del TJCA; actualmente, cada magistrado puede contar con la asistencia jurídica de un profesional en derecho comunitario, con relación al Tribunal de Primera Instancia, creado para descongestionar de trabajo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en la Comunidad Andina todavía no se hace necesario, el número de países miembros en relación con la Comunidad Europea es menos de la mitad.

Otro aspecto importante es el punto de partida y la necesidad de unión en cada uno de los sistemas de integración; como los hechos lo demuestran, ambos sistemas parten de realidades y situaciones completamente distintas, los países que integran la Comunidad Europea han sido parte directa e indirecta de procesos que revolucionaron no solamente su entorno sino al mundo entero, aspectos que permitieron a los países fundadores satisfacer una necesidad de integración, prestando objetivos claros acompañados de mecanismos viables para desarrollar una integración que les permita mostrar un bloque económico con poder de negociación frente a los Estados Unidos y Japón.

Los países sudamericanos que conforman la Comunidad Andina no alcanzan todavía la fortaleza comunitaria que un proceso de integración como el europeo muestra al mundo, y no con el objetivo de bloqueo sino de conseguir una igualdad de condiciones en las negociaciones extracomunitarias frente a las *sugerencias impositivas* del poder económico, buscando además el crecimiento equilibrado y sostenible en lo social y económico de sus países miembros.

Por consiguiente, no se puede aplicar un modelo que responde a situaciones distintas sino partir de éste, respetar los principios generales característicos del derecho comunitario y analizar los requerimientos de la población a la que se pretende reglamentar.

## NOTAS

1. Recueil 1963, p. 23.
2. P. Reuter. *Cour Internationale de Justice en Repertoire de Droit International* (Enciclopedia Dalloz), Tomo 1 París 1968, p. 586.
3. Según el artículo 169 del TCE, si la Comisión estimare que un Estado ha incumplido una de las obligaciones que le incumbe en virtud del presente tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones; si el Estado de que se trata no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia. Si la Comisión no hubiera emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal de Justicia.
4. Ver sentencia Kupferber, del 26 de octubre de 1982 (104/81), ECR. 3641. Con relación al incumplimiento de acuerdos intracomunitarios celebrados entre los Estados Miembros al amparo del art. 220 TCE, que sí puede ser objeto de un recurso por incumplimiento, véase R. Alonso García, *Derecho Comunitario (Sistema Constitución y Administrativo de la Comunidad Europea)* CEURA, Madrid 1994. p. 452 y ss.
5. Sentencia Fratelli Costanzo del 22 de junio de 1989 (103/88).
6. En esta sentencia el TJCE señaló: *la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de plantear la cuestión planteada.*
7. Al respecto, Ricardo Alonso García establece un comentario. Obra ya citada, p. 345 y ss.
8. Sentencia Da Costa del 27 de marzo de 1963 (28-30/62).
9. Sentencia Simmenthal Vs. Comisión, 6 de marzo de 1979 ( 92/78), mientras que el recurso de anulación constituye el objeto directo de una controversia principal.
10. Sentencia Chevally, del 18 de noviembre de 1970 ( 15/70).
11. Sentencia Foto-Frost, del 22 de octubre de 1987 ( 314/85).
12. Sentencia Zuckerfabrik del 21 de febrero de 1991 (143/88 y 92/89). Es decir los jueces nacionales pueden hacer un juicio negativo provisional sobre la validez de un acto comunitario, siempre que sea en un procedimiento incidental de protección cautelar. Es decir, un órgano jurisdiccional solo podrá ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional cuando éste ejecute un acto normativo comunitario y al tratarse de medida cautelar, deben concurrir tres requisitos: Periculum in mora (urgencia), Fomus Boni Iuris (humo de buen derecho), Equilibrio de intereses.
13. Cahier: *Les Recours en Constatacion des manquements des états membres de bant de la Cour des communautés Européennes.* 1967 p. 123 y ss.
14. Ricardo Alonso García, obra ya citada. p. 429 y siguientes.
15. Sobrino Heredia, J. M. Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea 1996 D-26.
16. Ecuador ratificó el Protocolo de Cochabamba mediante Resolución del Congreso Nacional el 22 de mayo de 1997, confirmado mediante Decreto Ejecutivo No. 352-B del 12 de junio de 1997 y fue depositado en la Secretaría de la Comunidad en la misma fecha.
17. Dávalos García, G. Seminario Internacional *Integración Derecho y Tribunales Comunitarios*. Editorial Judicial. Sucre Bolivia 1996 p. 72 y ss.
18. Suárez Mejía, JI. *La Comunidad Andina: Un proceso de Integración en constante evolución*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 111 Universidad Central de Venezuela, Caracas 1999.
19. Sentencia Colombia Vs. Resolución 252 expedida por la Junta del Acuerdo de Cartagena. Proceso: 1-AN-86.
20. Citado por Perotti, Alejandro. Revista Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea, Mayo-Junio Serie D N. 123 Ed. EINSA. Madrid – España. 2001. p. 90-106.
21. Fallo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo. 29 de mayo del 2001. Juicio N. 09/2000 . Se declara la nulidad procesal, sin haber aplicado el Art. 33 inciso II del Tratado de Creación de Justicia de la Comunidad Andina, mediante el cual se exige a los jueces nacionales la solicitud de la interpretación al TJCA.
22. Sentencia Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Venezuela del 31 de marzo de 1999 (1-AI-96).

# Los delitos tributarios: La defraudación fiscal

Reinaldo Calvachi Cruz

## 1. LOS DELITOS ECONÓMICOS Y LOS DELITOS TRIBUTARIOS

La sociedad actual no se explica sino a través de un complicado conjunto de relaciones que en el fondo son económicas; por ello, desde la perspectiva de la organización estadual, el orden económico es relevante ya que justifica el desenvolvimiento armonizado entre los distintos actores y agentes socio-económicos.

El derecho, que se verifica como el organizador del orden social, atiende de manera especial al orden económico; por ello, actualmente existe un derecho económico que se manifiesta mirando la intervención estatal en la economía.

La trasgresión del orden económico es al mismo tiempo una trasgresión de las normas jurídicas que protegen a dicho orden, y por tanto, los ilícitos de carácter penal en este ámbito devienen en ilícitos penales de orden económico. Doctrinariamente se ha sostenido que el derecho penal económico, siendo una rama del derecho económico, es *el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico*.<sup>1</sup>

El orden económico establece los parámetros y las relaciones jurídicas entre la institucionalidad estatal y los agentes económicos privados; en ese contexto, el derecho tributario que es un derecho económico regula las infracciones penales de orden tributario. La criminalidad económica o de *cuello blanco* ha merecido especial énfasis de estudio por parte de las ciencias criminológicas dado su auge y repercusión social.<sup>2</sup>

No cabe duda que en la sociedad actual los delitos tributarios han merecido una especial atención por parte de las legislaciones nacionales, ya que su ámbito de afectación toca a la organización misma del Estado en cuanto a la funcionalidad económica de la administración pública, esto es, a la actividad financiera del Estado.

En el presente artículo se pretende hacer un análisis somero de los delitos tributarios y específicamente del delito de defraudación fiscal desde la perspectiva del tipo legal vigente.

## 2. LOS DELITOS TRIBUTARIOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- CLASIFICACIÓN

El Código Tributario en su artículo 341 establece que las infracciones tributarias se clasifican en delitos, contravenciones y faltas reglamentarias. Constituyen delitos el contrabando y la defraudación. Esta clasificación, si bien en términos generales sigue la lógica de la legislación penal común, introduce como infracción a la falta reglamen-

taria, quedando así elevadas a categoría penal situaciones que en sí no ameritan el tratamiento penal, cuando son en realidad faltas de carácter administrativo.

El contrabando y la defraudación se encuentran regulados en la Ley General de Aduanas y en el propio Código Tributario. Aunque el derecho tributario es un derecho autónomo, el hecho de que la tipificación de delitos y contravenciones se encuentre en leyes especiales (tributarias) no significa que las normas penales allí contenidas se sustraigan de la normativa general que establece la legislación penal ordinaria, y por lo mismo, no se puede argumentar que el Derecho Penal Tributario sea un derecho autónomo e independiente del Derecho Penal general, lo que significa que el tratamiento conceptual y fáctico de los delitos se circunscribe a un todo unitario.<sup>3</sup>

En el caso de las contravenciones y faltas reglamentarias especialmente, el legislador aparentemente sufrió una confusión respecto de que el Derecho Penal es la *última razón*, por ello no debió elevar a la categoría penal situaciones que no lo justifican, esto genera la yuxtaposición perniciosa de acción y jurisdicción en una misma persona o institución, a más de aquella inconstitucionalidad que tiene que ver con la administración de justicia por parte de entes que no pertenecen a la función judicial.

Por lo que se puede ver, en la clasificación de las infracciones que establecen el Código Tributario y las leyes especiales se contraviene a una sana legislación en lo que a política criminal se refiere y más bien se puede avizorar que en este caso predominaron factores de orden práctico pero que atentan al principio de legalidad sustantivo y adjetivo.<sup>4</sup> La necesidad de que ciertas conductas que atentan contra las finanzas públicas sean sancionadas penalmente, y que para ello sea necesario, obviamente, basarse en la trasgresión de normas específicas que tienen que ver con la legislación tributaria, no conduce de manera irrefragable a considerar que la punición tributaria obedezca a principios que diferencian sustancialmente de los que rigen al Derecho Penal ordinario.

El hecho que el bien jurídico protegido, en el caso de los delitos fiscales, sea especial, específico y si se quiere de mayor relevancia para la sociedad, no quiere decir que por ese solo hecho haya una diferencia sustancial con el Derecho Penal ordinario. Yerra en su argumento la Comisión encargada de elaborar el Proyecto del presente Código Tributario cuando dice que: *Hoy en día, es criterio generalmente aceptado el de que hay diferencias sustanciales entre los Derechos Penal Común y Penal Administrativo, una de cuyas ramas es el Penal Tributario. En el primero, el objeto lo constituyen los individuos y sus derechos indivi-*

duales en sí; y en éste, el orden de la actividad administrativa en todas sus formas. Si fuera cierto este argumento no se explicaría que el Código Penal, para citar sólo un ejemplo, tenga todo un título dedicado a los *Delitos contra la Administración Pública*; vemos, pues, que el Derecho Penal no sólo tiene por objeto los individuos y sus derechos individuales en sí, sino que también trasciende hacia la conservación del orden público desde la protección de la institucionalidad pública.

### 3. EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL

Para el caso de la defraudación fiscal la legislación ecuatoriana ha establecido una norma de tipo general, y adicionalmente, de manera complementaria, especifica varios casos especiales.

Por un lado, en el artículo 379 del Código Tributario se determina que constituye defraudación todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induce a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero. Por otro, en el artículo 381<sup>5</sup> se describen los casos especiales de defraudación.

#### 3.1 El bien jurídico protegido

El Estado en lo que tiene que ver con su institucionalidad, esto es, la administración pública, no puede desarrollar sus fines si desde el punto de vista de su funcionalidad no tiene cubiertas sus expectativas financieras; así, la actividad financiera del Estado se nutre básicamente de la recaudación de tributos.

El tributo es, entonces, una obligación fiscal del contribuyente, la que según el artículo 14 del Código Tributario es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley. La prestación a que se ve obligado el contribuyente permite que la administración pública pueda operar y si esto sucede, en principio se cumplen los fines del Estado.

Para que la obligación tributaria sea exigible, la ley prescribe un determinado presupuesto específico para cada tributo, es decir, desde la perspectiva legal, el tributo no es imposición arbitraria de la autoridad, ya que ha sido establecido siguiendo un proceso que se enmarca dentro del orden jurídico. La legalidad del tributo no significa que socialmente sea visto como legítimo si es que el Estado no cumple con las necesidades de la sociedad; sin embargo, en la organización estadual debe diferenciarse la legitimidad del tributo como tal y la legitimidad con que la administración pública utiliza el mismo.

Si el tributo es considerado abusivo, y por ello socialmente ilegítimo, el mismo Estado establece mecanismos legales y constitucionales que permitan establecer una debida proporcionalidad y justicia en los mismos y corregir la injusticia, pero a pesar de ello, aun siendo el tributo abusivo, si está vigente dentro de un marco de legalidad, es exigible, y por tanto genera la obligación de la prestación por parte del contribuyente hasta tanto no sea derogada legalmente dicha obligación fiscal. En concordancia con lo ex-

presado no puede argumentarse el incumplimiento de la obligación tributaria aun a título de que el tributo que le da origen es socialmente ilegítimo.<sup>6</sup>

El vínculo jurídico tributario se manifiesta a través del hecho generador, el cual puede atender conceptos jurídicos o económicos, y el mismo, en virtud de la seguridad jurídica, es temporal y espacialmente determinado; de esta manera el contribuyente sabe a ciencia cierta cuándo nace la obligación y cuándo le es exigible; así las leyes tributarias regulan las relaciones jurídicas de orden tributario entre los sujetos activos (la administración pública en general) y los contribuyentes o responsables de aquellos en todos los ámbitos que de dicha relación se produzcan efectos jurídicos.

La infracción tributaria, según el artículo 340 del Código Tributario, es toda acción u omisión que implique violación de normas tributarias sustantivas o adjetivas sancionadas con pena establecida con anterioridad a esa acción u omisión, es decir, de los presupuestos e hipótesis de hecho que el tipo legal ha establecido con anterioridad a la violación.

De lo expuesto se concluye que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la funcionalidad económica del Estado, manifestada en la actividad de la administración pública y sus instituciones. Así mismo, que el Estado es titular de la obligación tributaria, la cual, atendiendo el principio de legalidad de los tributos, está previamente establecida, y por tanto, es exigible cuando se cumplen los requisitos legales.

#### 3.2 Tipo objetivo

##### 3.2.1 Sujetos activo y pasivo

Desde la perspectiva de la obligación tributaria, el sujeto activo es el ente acreedor del tributo, en definitiva la administración pública en general, y el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica obligada legalmente al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como responsable. La ley también hace extensiva la consideración de sujetos pasivos a las herencias yacentes, a las comunidades de bienes y a las demás entidades que sin tener personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, que sea susceptible de imposición. El contribuyente es quien está obligado legalmente a cumplir la prestación tributaria por la verificación del hecho generador y el responsable es la persona que sin ser el contribuyente debe legalmente cumplir las obligaciones atribuidas a éste.

La responsabilidad tributaria abarca la representación de los incapaces, sean éstos personas naturales o jurídicas, a la representación transmitida por la adquisición de bienes y sucesiones y a las de los agentes de retención y percepción cuando incumplieren sus deberes de retención o percepción.

Desde la perspectiva penal, el sujeto activo de la infracción es el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente,<sup>7</sup> por lo tanto, el sujeto pasivo de la obligación tributaria se convierte en sujeto activo del ilícito tributario. El tipo descrito en la ley no hace referencia alguna a la calificación del sujeto activo, por tanto, es a indeterminada persona siempre y cuando ésta sea contribuyente o responsable y haya adecuado su conducta al tipo descrito en la ley tributaria.

El sujeto activo puede ser una persona natural y tendrá responsabilidad ya sea como autor, cómplice o encubridor,

pero también existe responsabilidad de las personas jurídicas; en este caso la sanción también recaerá sobre ellas sólo que limitada al ámbito pecuniario y de manera solidaria con las personas naturales. La norma contenida en el artículo 347 del Código Tributario abre un nuevo enfoque a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que nuestra legislación penal ordinaria sólo contempla la responsabilidad de las personas naturales porque priman los criterios subjetivos de voluntariedad y culpabilidad aplicables sólo a la persona natural, y también, a razones de orden fáctico, por cuanto a la persona jurídica no se le puede aplicar la pena característica del sistema penal que es la privación de la libertad. Vemos pues que en los delitos económicos en nuestro medio se ha iniciado un camino hacia la sanción de los entes ficticios, ya que en este tipo de delitos es cada vez mayor la utilización fraudulenta de las personas jurídicas para cometer ilícitos e incluso, en algunos casos, éstas son creadas con el fin de cometerlos.<sup>8</sup>

El sujeto pasivo de la infracción es el titular del bien jurídico afectado por el cometimiento del delito. Hemos dicho que el bien jurídico protegido es la funcionalidad económica del Estado, pero que es la administración pública en general a través de sus instituciones la directamente afectada, por ello, la titularidad del bien jurídico protegido recae en las instituciones de la administración pública. La administración pública central está representada por el Servicio de Rentas Internas, ente que tiene entre otras facultades la de efectuar la determinación, recaudación y control de los tributos internos del Estado y a su vez debe actuar como parte en los procesos penales tributarios por defraudación a través de su representante legal que es su Director.<sup>9</sup> Las administraciones tributarias seccionales son las titulares de los tributos de su ámbito y competencia, y por tanto, son los sujetos pasivos en este caso de ilícitos tributarios.<sup>10</sup>

### 3.2.2 Objeto de la acción

El objeto de la acción puede establecerse desde dos parámetros: el objeto jurídico que no es sino el bien jurídico protegido lesionado por la acción y su efecto y en el delito de defraudación; por tanto, el efecto se contrae a la no recaudación del tributo. Esta clase de delitos económicos son en general de una mayor complejidad, ya que para adecuar la conducta al tipo legal se puede utilizar una serie de argucias e incluso cometer otros delitos conexos que pueden ser delitos medios para llegar al delito fin; entonces, puede haber falsificaciones, suplantaciones de identidad, en fin distintas formas de alterar la verdad que no necesariamente pueden coincidir con los casos de defraudación descritos en el artículo 381 del Código Tributario.

Por otro lado, tenemos el objeto material de la infracción que es la persona, objeto o cosa sobre la que recae la acción material del delito,<sup>11</sup> en este caso se trata de todos aquellos elementos (actos) con los que se ha promovido la simulación, ocultación, falsedad o engaño y que han provocado la falta de recaudación tributaria. Es importante desde el punto de vista procesal de la acusación establecer todos los actos que puedan ser verificables, los que a su vez, permitan demostrar el cometimiento del ilícito.

### 3.2.3 Acción típica y resultado

Para poder establecer la acción típica es necesario que

en primer lugar describamos someramente las facultades de la administración y vemos que son relevantes la reglamentaria y de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la Ley Tributaria o sus Reglamentos y la de recaudación de los tributos.

Especial interés nos merece la facultad determinadora, la cual, según nuestra legislación, consiste en el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración que buscan establecer en cada caso particular la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo. El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imposables; y, la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación.

De igual manera, determinación es el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria con el objeto de declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo. La determinación se efectuará por la declaración del sujeto pasivo; por actuación de la administración; o, de modo mixto.

La acción típica del delito de defraudación consiste en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induce a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero. Vemos pues, que se han tipificado mecanismos que siendo dolosos están encaminados a producir error en la determinación o falta de pago de los tributos.

Los medios o mecanismos fraudulentos se establecen en el tipo bajo un amplio espectro al decir *todo acto de ...*, estamos entonces bajo una norma de tipo abierto que obliga al juez de derecho a interpretar la norma en función de cada caso, y por ello, dar el alcance y sentido de cada uno de ellos en el caso concreto. Simulación es, según el diccionario de la lengua española, alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato y simular es representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es. En nuestra legislación no nos encontramos ante normas que desarrollen la doctrina de la simulación de los actos o negocios jurídicos, aunque esporádicamente han sido recogidas por la jurisprudencia nacional. Los elementos que debe contener una simulación ilícita vinculada a la defraudación fiscal deben ser: una divergencia querida entre la voluntad interna real y la manifestación exterior; una manifestación real de la simulación, en la cual el declarante induce a error a la administración o un acuerdo simulatorio entre dos o más personas destinados a perjudicar al fisco; el fin de engañar a la administración; y, la intención de defraudar manifestada en el daño patrimonial del Estado.<sup>12</sup>

Ocultar es esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista. Ocultación no es sino la acción y efecto de ocultar. Procesalmente la ocultación es difícil de detectar cuando existe de por medio un acuerdo colusorio, ya que la connivencia de dos o más voluntades puede dejar sin rastro la cosa o



bien ocultado. En los negocios informales que pululan en nuestro medio es característica la ocultación, lo que no necesariamente conduce a concluir que existe ilicitud del objeto del negocio.

Falsedad es falta de verdad o autenticidad. El proceso penal busca descubrir la verdad histórica o fáctica que no siempre coincide con la intencionalidad volitiva del agente, es decir, aun si se detecta una falsedad, ésta debe ser probada como querida con el designio de causar daño. La falsedad en una declaración impositiva debe estar acompañada del dolo con resultado, ya que la misma puede ser interpretada como un error sin consecuencias penales.

El engaño es la acción y efecto de engañar que consiste en dar a la mentira apariencia de verdad; es, también, inducir a otro a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. Falsedad y engaño van de la mano, sin embargo, en el engaño la malicia es conatural a la acción ya que el elemento fraudulento está inmanente. El engaño es más amplio, puede aparentar la verdad o distorsionarla sin recurrir a la falsedad.

Los medios o mecanismos descritos en el tipo tienen como fin inducir a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos. Esta es la característica fraudulenta del tipo de defraudación, es un dolo genérico que pervive en la intención del agente. También es el resultado de la acción, es el daño verificado en la falta de recaudación del tributo. La norma descrita en el artículo 379 del Código Tributario es una norma parcialmente en blanco, ya que, para completar el precepto o hipótesis de hecho, tácitamente se remite a otras del mismo cuerpo legal; así, para establecer con certeza que estos mecanismos o medios han inducido a error en la determinación es necesario que las normas sobre la facultad determinadora y la determinación y sus formas sean observadas integradoramente junto al tipo legal.

El artículo 381 del Código Tributario establece varios casos especiales de defraudación, los cuales son de tipos de resultado o con condiciones objetivas de punibilidad y complementan o especifican al tipo abierto contenido en el artículo 379 del Código Tributario, como lo veremos:

1. La falsa declaración de mercaderías, cifras, datos, circunstancias o antecedentes que influyan en la determinación de la obligación tributaria. Se puede pensar que éste es un caso de delito con resultados objetivos, sin embargo, aunque se verifica un resultado que ha influido en la determinación tributaria, el mismo no es enteramente objetivo ya que pervive el elemento motivacional que consiste precisamente en la inducción al error de manera fraudulenta.
2. La falsificación o alteración de permisos, guías de movilización, facturas, actas de cargo o descargo, marcas, etiquetas y cualquier otro documento destinado a garantizar la fabricación, consumo y control de bebidas alcohólicas. En este caso no aparece muy clara la defraudación, ya que aparentemente se trata de salvaguardar la calidad de un producto, por lo que ateniéndonos al espíritu de la norma en función del bien jurídico protegido, debemos interpretar que al garantizar la fabricación, consumo y control de bebidas alcohólicas se está resguardando la facultad recaudadora. Es un caso también de falsedad dolosa encaminado a producir un daño a la administración tributaria.

3. La omisión dolosa de ingresos, la inclusión de costos, deducciones, rebajas o retenciones inexistentes o superiores a los que procedan legalmente y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias o en los informes que se suministren al servicio de Rentas Internas de datos falsos, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto causado. Éste es un caso de engaño fraudulento mediante falsedades.
4. En el caso de la declaración de retenciones en la fuente, constituye defraudación el hecho de no incluir en la declaración la totalidad de las retenciones que han debido realizarse, el efectuar las retenciones y no declararlas o el declararlas por un valor inferior. Éste es un caso en el cual se podría interpretar que hay un resultado objetivo por el cual el agente debe responder aun así no haya tenido la intención dolosa, ya que basta que se produzca dicho resultado para que se establezca la responsabilidad; sin embargo, cuando se hace la declaración por un valor inferior se puede pensar que el requisito necesario para la responsabilidad sea el ánimo fraudulento.
5. La alteración dolosa en libros de contabilidad en perjuicio del acreedor tributario, de anotaciones, asientos u operaciones relativas a la actividad económica, así como el registro contable de cuentas, nombres, cantidades o datos falsos. Éste es un claro caso de falsedad o engaño doloso. En este caso específico se puede pensar que hay un concurso de delitos, ya que hay una falsedad ideológica sobre documento privado y uso doloso del mismo.
6. Llevar doble contabilidad, con distintos asientos, para el mismo negocio o actividad económica. La doble contabilidad verificada por la autoridad no puede ser interpretada sino como un mecanismo doloso que induce a error en la determinación.
7. La destrucción total o parcial de los libros de contabilidad u otros exigidos por las normas tributarias, o de los documentos que los respalden, para evadir el pago o disminuir el valor de obligaciones tributarias. Éste es un mecanismo de ocultación dolosa. Procesalmente sería difícil probar dolo en el caso de un aprovechamiento por parte del agente para destruir documentos aduciendo que dicha destrucción se produjo por acontecimientos que hagan presumir un caso fortuito o de fuerza mayor o un imprevisible.
8. La falta de entrega total o parcial, después de diez días de vencido el plazo para entregar al sujeto activo los tributos recaudados por parte de los agentes de retención o percepción, de los impuestos retenidos o percibidos. Éste también es un caso de resultado objetivo en un delito por omisión simple, ya que basta la no entrega una vez concluido el plazo previsto para que se consume la acción.
9. El artículo innumerado a continuación del artículo 384 determina que la falta de entrega por los agentes de percepción de los tributos que hubieren recaudado en un plazo mayor de tres meses contados desde dicha recaudación será sancionada con la clausura del establecimiento, que se mantendrá hasta que los valores percibidos sean entregados. La sanción anterior se aplicará sin perjuicio de las otras penas que correspondan. Es también un caso de delito por omisión simple.

10. En la Ley de Régimen Tributario Interno, artículo 107, se contempla un caso adicional que es la falta de emisión o entrega de facturas, notas o boletas de venta, la emisión incompleta o falsa de éstas y el no uso o uso parcial de los sellos o cualquier otro tipo de documento de control establecido por el Reglamento de esta Ley. Debido a los controles implementados por el Servicio de Rentas Internas es posible avizorar que se implemente una cultura de registro de dichos documentos. Este también es un delito doloso ya que no puede admitirse la ignorancia como excusa y más bien hay fraude al realizar la práctica.<sup>13</sup>
11. En la Ley de Registro Único de Contribuyentes, art. 18, también existen casos especiales de defraudación: a. Declarar como propios bienes o derechos ajenos. Éste es un caso de defraudación ordinaria calificada por la materia como defraudación fiscal; b. Utilizar identidad o identificación supuesta o falsa en la solicitud de inscripción. Existe una calificación especial en virtud del delito de suplantación de identidad o identidad falsa y uso doloso de dicha identidad; c. Obtener más de un número de Registro de Inscripción. El dolo se manifiesta en el engaño que produce error en la determinación de la obligación.<sup>14</sup>

#### 3.2.4 La tentativa

En los casos expuestos sobre el delito de defraudación no es posible que exista la tentativa. Al analizar el tipo legal del artículo 379 del Código Tributario, encontramos que los mecanismos o medios que inducen al error, aunque aparentemente se pudiera pensar que admiten tentativa, no son posibles ya que se infiere de manera lógica que el error a que inducen es sobre la determinación y la misma es reglada sobre condiciones objetivas; por ello, sólo se consuma cuando producto de ellas efectivamente hay error en la determinación. Es decir, sólo si se produce el error en la determinación producto de la simulación, ocultación, falsedad o engaño, hay delito consumado, caso contrario no es posible la sanción ya que mientras no haya determinación todos los actos anteriores son irrelevantes.

En los casos especiales descritos anteriormente tampoco cabe la tentativa, ya que de igual manera se requiere la consumación del acto a través de la determinación o de la verificación de la falta de pago. De cualquier manera, como se busque analizar los distintos casos de defraudación, indefectiblemente se concluye que sólo se sanciona a los delitos consumados. Todos los casos de defraudación descritos corresponden ya sea a delitos con condiciones objetivas de punibilidad, ya a delitos formales y ya a delitos de omisión simple, todos los cuales no admiten tentativa.

El artículo 352 del Código Tributario establece una fórmula para la tentativa y determina que quien practique actos idóneos, conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito tributario, responderá por tentativa si la infracción no se consuma o el acontecimiento no se verifica; pero será sancionado como si el delito se hubiera consumado si existieren circunstancias agravantes. La simple tentativa se sancionará con la mitad de la pena que corresponda al delito consumado. Esta es una fórmula que sigue en general a la descrita en el artículo 16 del Código Penal; sin embargo, introduce una *variante* novedosa y es que

aunque exista tentativa se sancionará como delito si existen circunstancias agravantes las cuales están descritas en el 344 del Código Tributario. Si analizamos las circunstancias del artículo descrito veremos que son constitutivas del tipo legal del artículo 379 del Código Tributario, por lo tanto, nunca podrá haber sanción a la mera tentativa o delito frustrado. Por otro lado, esta novedad es contradictoria con la misma figura de la tentativa, es decir, para el legislador un mismo hecho es a la vez tentativa y no lo es. Ya hemos expresado nuestro criterio que no cabe la tentativa en los delitos de defraudación; por ello, consideramos que no es aplicable la fórmula descrita en el artículo 352 del Código Tributario.

### 3.3 Elementos subjetivos

#### 3.3.1 Dolo y culpa

En los delitos de defraudación fiscal no se admite la culpa, ya que en todos ellos existe el ánimo fraudulento como una manifestación de dolo genérico y en otros con condiciones objetivas de punibilidad es irrelevante la existencia de dolo o culpa, ya que basta la trasgresión de la norma con la producción del resultado para establecer la responsabilidad.

El art. 342 del Código Tributario establece que para la configuración de los delitos se requiere la existencia de dolo o culpa. Para la de las contravenciones y faltas reglamentarias, basta la transgresión de la norma. En el contrabando y la defraudación, los actos u omisiones que los constituyen se presumen conscientes y voluntarios, pero será admisible la prueba en contrario.

Como lo expresáramos, no existe ni un solo caso de defraudación que requiera dolo, lo que excluye automáticamente la presencia de la culpa. Los medios o mecanismos que inducen al error en la determinación o al no pago del tributo son maliciosos y tienen la intención de causar daño. No existe la posibilidad de utilizar dichos medios por imprudencia, impericia, negligencia. La inobservancia de la ley o el reglamento, que también es constitutiva de la culpa, es absorbida por los delitos con resultados objetivos y con condiciones objetivas de punibilidad, ya que los resultados queridos por el agente pudieron ser previstos por éste. El mismo artículo 342 establece que la defraudación se presume dolosa ya que debe mediar la conciencia y voluntad; esta presunción que no es de culpabilidad<sup>15</sup> apunta a determinar el aspecto malicioso de la conducta.

Desde la perspectiva de la culpabilidad, el reproche de la acción puede derivar en la persona que utilizando el engaño insta a otro a cometer el delito; en ese caso responde quien determinó el acto. Al respecto, el art. 343 del Código Tributario establece que cuando la acción u omisión que la ley ha previsto como infracción tributaria es, en cuanto al hecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada, responderá quien lo instó a realizarlo.

Otro elemento que integra la tipicidad de la defraudación es que el resultado deviene en un provecho propio o de un tercero, por ello no basta que se utilicen medios fraudulentos que inducen al error en la determinación o el no pago del tributo, sino que el daño debe ser vinculado con el beneficio ilícito que obtienen quienes han realizado los actos dolosos.

### 3.3.2 Omisión

El acto se puede verificar a través de acciones y de omisiones y éstas a su vez en omisiones simples y en comisión por omisión. En el delito de defraudación cabe la omisión simple; los numerales 6 y 11 del artículo 381 y el artículo innumerado a continuación del artículo 384 del Código Tributario expresamente lo determinan y de igual manera el artículo 107 de la Ley de Régimen Tributario Interno; en estos casos la conducta omisiva está tipificada en la misma norma.

En cuanto a la comisión por omisión, pensamos que sí cabe en esta clase de delitos ya que los tipos de los delitos de defraudación permiten indistintamente que sean cometidos por acción u omisión. Por ejemplo, es perfectamente posible que un contribuyente de manera dolosa no presente su declaración de impuestos cuando tiene la obligación jurídica de hacerlo y con ello deja de pagar tributos en provecho propio.

### 3.4 Concurso de personas

Dada la complejidad con la que se cometen los delitos económicos, cobra vital importancia el concurso de personas en el delito. La responsabilidad en nuestro sistema penal se establece a través de la gradación a título de autores, cómplices y encubridores. El Código Tributario hace una remisión tácita al Código Penal o en su defecto éste actúa supletoriamente, ya que no existen normas en aquél que describan los grados de concurrencia. En cuanto a la participación, entonces, se deberá estar a las disposiciones del Código Penal.

El artículo 380 del Código Tributario establece una forma curiosa de agravar la defraudación al decir que constituye defraudación agravada la cometida con la complicidad de uno o más funcionarios públicos que, por razón de su cargo, intervengan o deban intervenir en la determinación de la obligación tributaria. Esto significa que la complicidad de un funcionario público ya no solo es un caso de concurso por participación indirecta sino que se constituye en agravante de la infracción. El legislador yerra cuando distorsiona lo que significa la concurrencia de personas en el delito. Es insostenible desde el punto de vista doctrinario que la complicidad sea un agravante, la complicidad es participación en el delito de otro de manera indirecta y secundaria, es eso y nada más. El cómplice recibirá la sanción por su participación en el delito, pero este tipo de participación no aumenta ni disminuye la gravedad de la infracción. Si el legislador quiso dar una consideración especial a la concurrencia en el delito por parte de funcionarios públicos debió crear un tipo independiente con la participación de un sujeto activo calificado (el cual puede ser indistintamente autor, cómplice o encubridor), y así mismo, donde la sanción esté claramente determinada. En ese sentido, la norma del artículo 384 del Código Tributario debe ser reformada también.

El art. 353 establece las sanciones para los cómplices y encubridores, a los primeros se les aplicará una sanción equivalente a los dos tercios de la que se imponga al autor; y, a los segundos, una equivalente a la mitad. Este artículo en verdad trae una perla cultivada: si nos atenemos a la literalidad del mismo vemos que el cómplice recibe una sanción menor a la del encubridor. Si el referente para aplicar la sanción es la pena que se impondría al autor, pues entonces los dos tercios que se aplican al cómplice son mayores

a la mitad que se aplicaría al encubridor. Ya que lo expresado en la norma es ilógico por cuanto el cómplice tiene una participación mayor a la del encubridor, se deberá interpretar que la pena del encubridor será la mitad de la del cómplice.

Por otro lado, el Código Tributario sigue la misma línea del Código Penal al establecer una rigidez en cuanto a la aplicación de la pena a estos partícipes, aunque por ser un Código más moderno debió el legislador percatarse por un lado del error en la sanción, y por otro, debió permitir una flexibilidad en la sanción con un máximo y un mínimo para que el juez pueda escoger, ya que de otro modo no tendrían sentido las agravantes o atenuantes de la infracción ni las circunstancias personales del reo.

### 3.5 La sanción

El Código Tributario establece en el art. 349 el régimen de penas aplicables, las cuales consisten en: 1. Decomiso; 2. Multa; 3. Prisión; 4. Cancelación de inscripciones en los registros públicos; 5. Cancelación de patentes y autorizaciones; 6. Clausura del establecimiento o negocio; y, 7. Suspensión o destitución del desempeño de cargos públicos. Lo primero que se desprende al observar estas penas es que hay una concordancia en el establecimiento de responsabilidad como sujetos activos de las infracciones respecto de las personas jurídicas, ya que se contemplan sanciones exclusivas para estos entes ficticios.

El art. 350 establece que la sanción aplicable se lo hará sin detrimento del cobro de los correspondientes tributos y de los intereses de mora computados al máximo convencional desde la fecha que se causaron. Se graduarán tomando en consideración las circunstancias atenuantes o agravantes que existan y además, la cuantía del perjuicio causado por la infracción. Por otro lado se aplicará el máximo de la sanción cuando sólo hubieren circunstancias agravantes; el mínimo, cuando sólo hubieren circunstancias atenuantes; y las intermedias, según la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes. Al respecto cabe decir que nuevamente el Código Tributario se sale de la normativa penal general al establecer una sanción intermedia en el caso de concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes. El Código Tributario se aparta de lo prescrito en los artículos 72, 73 y 74 del Código Penal, y en virtud de ellos, concordamos con Albán al afirmar que *las atenuantes tendrán su efecto siempre y cuando no haya agravantes; si hay una sola de éstas, el efecto queda eliminado. En cambio las agravantes por sí solas no empeoran la situación del condenado.*<sup>16</sup>

De igual manera el art. 351 del Código Tributario se aparta de la normativa del Código Penal en cuanto a la concurrencia de las infracciones, y además, deja vacíos por los cuales se tendrá que aplicar supletoriamente este último. El mencionado artículo establece que cuando un hecho configure más de un delito o más de una contravención, se aplicará la sanción correspondiente al delito o contravención más grave. La inquietud es obvia, no existe acumulación matemática con un límite máximo cuando concurren más de dos delitos sancionados con prisión. Según la fórmula planteada por el Código Tributario sólo cabe la absorción del delito más grave, por lo tanto, es lógico pensar que alguien infrinja varias normas de manera conexas sabiendo que sólo se le aplicará la pena que corresponda al más grave.

El decomiso y las sanciones pecuniarias guardan un principio de proporcionalidad de acuerdo al daño causado y la gravedad de infracción. La cancelación de inscripciones y patentes es una pena accesoria en los delitos, al igual que la clausura del establecimiento.<sup>17</sup> Cuando se trata de la falta de entrega por los agentes de percepción, de los tributos que hubieren recaudado en un plazo mayor de tres meses contados desde dicha recaudación será sancionada con la clausura del establecimiento, que se mantendrá hasta que los valores percibidos sean entregados a la administración.

Especial atención merece la suspensión en el desempeño de cargos públicos, la cual no podrá exceder de seis meses. En este caso es saludable que la sanción provenga de un juez de derecho a través de sentencia. La destitución de cargos públicos se impondrá al funcionario o empleado que fuere responsable como autor, cómplice o encubridor de un delito, o en el caso de reincidencia en las contravenciones. Cuando la sanción es por el cometimiento de un delito, el funcionario destituido no podrá ocupar ningún cargo o función pública durante tres años y de igual manera sólo procede la destitución mediante sentencia expedida por un juez de derecho. Según el artículo 384 del Código Tributario, los autores o cómplices de una defraudación que fueren funcionarios o empleados de Aduanas, o de la oficina o dependencia que administre o tenga a su cargo el control de cualquiera de los tributos a que se refiere la infracción conforme a los artículos 382 y 383, según corresponda, serán sancionados, además, con la suspensión en sus funciones por el tiempo de hasta seis meses o la destitución de su cargo y prisión de dos a seis meses.

En cuanto a la sanción por los delitos de defraudación se deberá concordar el artículo 383<sup>18</sup> con los distintos casos del artículo 381 del Código Tributario. Mediante esta concordancia vemos que se ha ampliado la aplicación de penas privativas de la libertad a casos no contemplados en el artículo 356 del Código Tributario; por lo tanto, el régimen aplicable será:

1. La tipificada en el ordinal 4 del artículo 381 se sancionará con multa de veinte unidades de valor constante

(20 UVC's) a doscientas unidades de valor constante (200 UVC's), y la que se refiera a otros tributos con multa que, no siendo inferior al valor de los que se evadieron o pretendieron evadir, podrá ser de hasta el quíntuplo de esos tributos, según la gravedad y circunstancias de la infracción. Debe entenderse que en esta disposición está contemplado el caso del numeral 1 del mismo artículo 381.

2. Prisión de seis meses a tres años por los casos previstos en los numerales 6 inciso primero, 7, 8 y 9 del artículo 381. Es interesante anotar que el legislador enlaza las normas de los artículos 379, 381 y 14 del Código Tributario; por lo tanto, refuerza y confirma el elemento doloso de esta clase de delitos al afirmar que ningún contribuyente podrá ser sancionado con la pena de prisión por el solo hecho de no haber pagado los impuestos debidos; y,

3. Los agentes de retención o percepción que cometan defraudación por apropiación de los impuestos recaudados por los agentes de retención o percepción, con una sanción que va de dos a cinco años de prisión.

Para el delito de defraudación sancionado con prisión, es aplicable la condena condicional siempre que el reo fuere condenado por primera vez. La pregunta que cabe es, ¿si en el caso de reincidencia general le es aplicable la condena condicional?, nos inclinamos a pensar que la respuesta es negativa, más bien el Código Tributario se refiere a la reincidencia por igual infracción cuando se refiere a los agravantes en el numeral 6 del artículo 344, por lo que debemos interpretar que la frase primera vez debe ser interpretada como la ausencia de reincidencia específica.

En concordancia con lo expuesto, la primera parte del art. 358 del Código Tributario habla sobre los efectos de la suspensión de la condena, la cual se tendrá por no impuesta si, dentro del tiempo fijado para la prescripción de la pena, el condenado no cometiera nuevo delito tributario. Ésta es una nueva referencia a la reincidencia específica, por lo cual mantenemos nuestro criterio.

## NOTAS

1. Bajo Fernández, Miguel: *Derecho Penal Económico*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 36.

2. Para Andrea Perrone y Sebastián Foglia *La llamada delincuencia económica es una expresión que alude a la denominada delincuencia de cuello blanco, cuyo origen como nuevo campo de investigación social surge a partir de la obra de Edwin Sutherland de 1940, y cuyo significado se circunscribe ...a las infracciones lesivas de orden económico cometidas por personas de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional.*

*La importancia de la teorización de Sutherland radica en introducir un nuevo ámbito de investigación criminológico, abandonando las premisas del fenómeno criminal tradicional basadas en el carácter determinante de ciertas características físicas o psicológicas de aquellas personas de recursos económicos más bajos o marginales (paradigma etiológico). Uno de los puntos más relevantes de su teoría es la afirmación de que el fenómeno criminal no es patrimonio de los pobres y marginales sino que el mismo se produce en todos los niveles de la sociedad, independientemente de las condiciones económicas del autor. Asimismo expreso que la conducta criminal es aprendida en la interacción cotidiana que se establece entre los miembros de un grupo, de manera que una persona llega a ser delincuente cuando las definiciones favorables a la violación de la norma prevalecen sobre las desfavorables, desligándose así del determinismo de origen positivista (teoría de la asociación diferencial). En *Delincuencia Económica y Estructura Social*, [derechopenalonline.com](http://derechopenalonline.com).*

## NOTAS

3. La autonomía del derecho tributario no se opone a la aplicación de los principios del Derecho Penal Común, así Gurfinkel y Russo entienden que *A los fines de interpretación de las normas tributarias penales habrá que atender en primer término al hecho de que estamos en la esfera del Derecho Tributario, que en virtud de su autonomía responde a principios que le son propios, por lo cual resulta aplicable la metodología específica. Pero además, por tratarse de la aplicación de sanciones de "tipo penal" corresponderá la aplicación (o integración) de principios comunes al Derecho Penal, en la medida en que no se opongan a la finalidad de las normas cuya violación es penada por el Derecho Tributario Penal.* Gurfinkel de Wendy Lilian y Russo, Eduardo Angel: *Ilícitos tributarios*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, Págs. 41 y 42.
4. La Comisión Interinstitucional encargada de elaborar el Proyecto de Código Tributario tuvo un criterio diferente; sin embargo, no pueden ocultarse las inconsistencias de que adolece el Código en materia penal tributaria y precisamente porque el desarrollo autónomo del Derecho Penal Tributario no ha alcanzado el grado que los autores estaban convencidos es necesario que sus principios en lo substancial se rijan por el Derecho Penal común. En lo que se considera la exposición de motivos del presente Código Tributario, la Comisión se expresaba: *Hoy en día, es criterio generalmente aceptado el de que hay diferencias sustanciales entre los Derechos Penal Común y Penal Administrativo, una de cuyas ramas es el Penal Tributario. En el primero, el objeto lo constituyen los individuos y sus derechos individuales en sí; y en éste, el orden de la actividad administrativa en todas sus formas. Y en armonía con esta realidad, la Doctrina y algunas legislaciones aconsejan y han concretado, en su caso, estatutos jurídicos destinados a la tipificación y sanción del ilícito penal administrativo que incluyen preceptos de naturaleza procesal o adjetivos para sancionarlo.*  
*Este ilícito penal administrativo, que toma el nombre de Financiero Tributario en cuanto su objetivo específico es la violación de las leyes relativas a impuestos, tasas y contribuciones dictadas por el Estado, en ejercicio de su poder administrador, no requiere, para su sanción, el juicio previo sobre el aspecto anímico del sujeto; esto es, no interesa establecer si el sujeto actuó con dolo o culpa. La punición de las infracciones expresivas de ilícitos tributarios se apoya jurídicamente, de manera exclusiva, en el punto de vista objetivo de la acción u omisión que contraría las regulaciones del Estado. Y esta clase de ilícito, por lo demás, admite gradaciones de acuerdo a su gravedad. El Código Tributario, pues, acoge los consejos de la doctrina imperante y, con criterio de inobjetante emulación, sigue el ejemplo de otras legislaciones. En el Libro Cuarto se tipifica dicho ilícito y sus variadas especies y se asigna penas más graves a las contravenciones que a las faltas. Y puesto que pueden ocurrir y de hecho ocurren infracciones más graves que las enunciadas en último término, se tipifica también el delito tributario, en el que sí debe averiguarse, como paso previo a la sanción, el aspecto anímico del agente, vale decir, si la violación de la Ley fue cometida con dolo o con culpa.*
5. Los casos de defraudación descritos en este artículo han sufrido varias modificaciones o supresiones. Ver Ley 56 R.O. 341, 22-XII-89; D.L. 04 R.O. 396, 10-III-94; y, Ley 99-24 R.O. 181-S, 30-IV-99.
6. No es menos cierto que el abuso de la autoridad puede devenir en una deslegitimación del ejercicio del poder; al respecto las agudas observaciones de Vicente O. Díaz quien dice: *El dilema de la punición tributaria tiene más identidad, para su configuración, que la que le asignan excesivas leyes penales, nacidas en su mayoría para suplantar o disimular las fallas de actuación del poder político, administrando los recursos públicos. A esto último, Herbert Packer le asigna el carácter de hipocresía, reñida con la moralidad, y sobre todo, falta de la absoluta neutralidad y de la "última ratio" que debe regir en la materia penal.*  
*La configuración de un falso "bienestar social" a proteger, que se apoya sólo en un apetito de tinte político puro, no es el bienestar al que le debe brindar tutela el derecho criminal, dado que ello no se inserta en el principio retributivo no regabilitorio, ni nada que se le emparenta. No estoy negando, ni podría hacerlo, que conductas de gran relevancia constitutivas de fraude tributario deben estar fuera de toda reprimenda penal. Lo que estoy alertando es que la racionalidad de la ley criminal debe medir la real intensidad de la ofensa, por ser ésta la primera norma a conjugar, en tanto que dicha ofensa merezca la debida reprobación social. Sólo esto último actúa como justificación de la pena criminal, lo cual, sin lugar a dudas, desplaza a la pseudo "racionalidad" anidada, por lo general, en la mente de gobernantes y asesores economistas de turno. Si asigno importancia, e insisto en la precitada racionalidad, lo hago basado en la ex-*

## NOTAS

perencia de criminalización tributaria que se observa en determinados países, lo cual resulta sumamente ilustrativo para extraer conclusiones. La prudencia del legislador, sin traspasar los límites que justifican la sanción criminal, y buscando tan sólo la rehabilitación de las conductas disvaliosas, deben ser reglas a adoptar en nuestra definición. Así corresponde porque si bien la administración tributaria dispone de un poder importante para cumplir el cometido a su cargo y evitar fraudes, no existe antinomia entre fiscalidad y derechos del hombre, donde estos últimos tienen como objetivo intransable preservar equitativamente la propia dignidad humana de los ciudadanos en el juego de los principios individuales, como representan ser. II. Cuando se insiste sobremanera en la necesidad de criminalizar a todo trance las conductas tributarias, se debe mirar en el espejo del destino dado a los fondos públicos por el poder político.

Sólo dicha comparación y meditación nos permiten obtener conclusiones válidas en su integridad, entendiendo que políticas corruptas en el uso de los recursos públicos carecen de la suficiente autoridad moral para calificar de criminales tributarios a los ciudadanos.

Es imposible ignorar que las corrientes de opinión más científicas y modernas, en especial en el continente europeo, prestan hoy en día singular atención a las posibles conductas del poder público que pueden generar incentivos a la evasión fiscal mediante el ejercicio de políticas corruptas en la aplicación de los recursos públicos obtenidos por la vía tributaria. Bajo tan calificada advertencia, corresponde tener presente que las decisiones sobre el gasto público, a través de la creación de cuentas extrapresupuestarias, creadas para reducir los controles políticos y administrativos, alimentan las conductas evasivas tributarias de la población. Ello hace poner especial énfasis en que los gastos públicos, excesivos y crecientes, y el clientismo político de los gobernantes en el poder, despilfarrando los recursos públicos, actúan como un detonante incentivador de la evasión tributaria, lo cual también es calificado como de corrupción política.

No puede haber política tributaria creíble en nuestro continente sin castigo ejemplar de la evasión, pero tampoco, sin erradicar la corrupción de políticos avezados en dicho arte; la deshonestidad y la ineficacia para que la administración de cada peso fiscal rinda la máxima productividad en términos sociales y de desarrollo humano.

Autores calificados asignan, entre las causas de la evasión, a la mala imagen del Estado y de políticas corruptas, lo que se denomina causas políticas o estructurales de aquella.

Una política pública despilfarrando los recursos genera a la postre, creando más y más impuestos, una falta de justicia en la medición de la verdadera capacidad contributiva poblacional, lo cual propicia toda clase de resistencia fiscal, sobre todo, cuando la ficha capacidad pretendida en gravabilidad tiene como único objetivo financiar gastos antisociales. Vicente O. Díaz: *Las Conductas Públicas Corruptas Como Incentivadoras de Transgresiones Económicas de Repercusión Tributaria*, en Periódico Económico Tributario de 27/6/01, Editora La Ley S.A.

7. Albán Gómez, Ernesto: *Régimen penal ecuatoriano*, Manual, p. 77, Ediciones Legales, 2001, Quito.

8. Sobre la sanción a las personas jurídicas ver Giuliani Fonrouge, Carlos M.: *Derecho Financiero*, Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1965, págs. 570 y 571. Por otra parte, desde la perspectiva de las obligaciones generales del contribuyente es importante reparar en los que prescribe el artículo 96 del Código Tributario, en el cual se determinan los deberes formales del contribuyente o responsable y que se circunscriben a: a) Inscribirse en los Registros pertinentes, proporcionando los datos necesarios relativos a su actividad; y, comunicar oportunamente los cambios que se operen; b) Solicitar los permisos previos que fueren del caso; c) Llevar los libros y registros contables relacionados con la correspondiente actividad económica, en idioma castellano; anotar, en moneda nacional, sus operaciones o transacciones y conservar tales libros y registros mientras la obligación tributaria no esté prescrita; d) Presentar las declaraciones que correspondan; y, e) Cumplir con los deberes específicos que la respectiva Ley Tributaria establezca. Facilitar a los funcionarios autorizados las inspecciones o verificaciones tendientes al control o a la determinación del tributo. Exhibir a los funcionarios respectivos las declaraciones, informes, libros y documentos relacionados con los hechos generadores de obligaciones tributarias y formular las aclaraciones que les fueren solicitadas. Concurrir a las oficinas de la Administración Tributaria cuando su pre-

**NOTAS**

sencia sea requerida por la Autoridad competente.

9. Ver Ley No.41 de creación del Servicio de Rentas Internas (R.O. 206 del 2 de diciembre de 1997) y artículo 382 del Código Tributario para el caso de defraudación sancionado con pena de prisión.

10. La administración tributaria también tiene obligaciones formales que cumplir y sus funcionarios son responsables por las acciones u omisiones que de dichas funciones se derivan. Según el artículo 101 y ss. del Código Tributario, son deberes sustanciales de la Administración Tributaria: 1. Ejercer sus potestades con arreglo a las disposiciones de este Código y a las normas tributarias aplicables; 2. Expedir los actos determinativos de obligación tributaria, debidamente motivados, con expresión de la documentación que los respalde, y consignar por escrito los resultados favorables o desfavorables de las verificaciones que realice; 3. Recibir toda petición o reclamo, inclusive el de pago indebido, que presenten los contribuyentes, responsables o terceros que tengan interés en la aplicación de la Ley Tributaria y tramitarlo de acuerdo a la Ley y a los Reglamentos; 4. Recibir, investigar y tramitar las denuncias que se les presenten sobre fraudes tributarios o infracciones de Leyes impositivas de su jurisdicción; 5. Expedir Resolución motivada en el tiempo que corresponda en las peticiones, reclamos, recursos o consultas que presenten los sujetos pasivos de tributos o quienes se consideren afectados por un acto de la Administración; 6. Notificar los actos y las Resoluciones que expida, en el tiempo y con las formalidades establecidas en la Ley, a los sujetos pasivos de la obligación tributaria y a los afectados con ella; 7. (Reformado por el Art. 102, literal a) del D.L. 04, R.O. 396, 10-III-94).- Fundamentar y defender ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal la legalidad y validez de las Resoluciones que se controviertan y aportar a este órgano jurisdiccional todos los elementos de juicio necesarios para establecer o esclarecer el derecho de las partes; 8. Revisar de oficio sus propios actos o Resoluciones, dentro del tiempo y en los casos que este Código prevé; 9. Cumplir sus propias decisiones ejecutoriadas, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior; 10. (Reformado por el Art. 102, literal a) del D.L. 04, R.O. 396, 10-III-94).- Acatar y hacer cumplir por los funcionarios respectivos los decretos, autos y sentencias expedidos por el Tribunal Distrital de lo Fiscal; y, 11. Los demás que la Ley establezca. Los funcionarios o empleados de la Administración Tributaria, en el ejercicio de sus funciones, son responsables, personal y pecuniariamente, por todo perjuicio que por su acción u omisión dolosa causaren al Estado o a los contribuyentes. La inobservancia de las leyes, reglamentos, jurisprudencia obligatoria e instrucciones escritas de la Administración será sancionada con multa de diez unidades de valor constante (10 UVC's) a setenta unidades de valor constante (70 UVC's). En caso de reincidencia, serán sancionados con la destitución del cargo por la máxima autoridad de la respectiva Administración Tributaria, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar. La sanción administrativa podrá ser apelada de conformidad con la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

11. Albán Gómez, Ernesto: Ob. Citada, págs. 81 y 82.

12. Al respecto de la simulación de los actos o negocios jurídicos ver Fueyo Lanieri, Fernando: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990, págs. 535 a 570.

13. En concordancia con el artículo de la referencia están los siguientes artículos:

**Le y de Régimen Tributario Interno:**

**Art. 62.- Facturación del impuesto (Sustituido por el Art. 33 de la Ley 51, R.O. 349, 31-XII-93; reformado por el Art. 15 de la Ley 93, R.O. 764-S, 22-VIII-95; por el Art. 4 de la Ley 98-13, R.O. 31, 22-IX-98 y por el Art. 35 de la Ley 99-24, R.O. 181-S, 30-IV-99).- Los sujetos pasivos del IVA tienen la obligación de emitir y entregar al adquirente del bien o al beneficiario del servicio facturas, boletas o notas de venta, según el caso, por las operaciones que efectúen, en conformidad con el reglamento. Esta obligación regirá aun cuando la venta o prestación de servicios no se encuentren gravados o tengan tarifa cero. En las facturas, notas o boletas de venta deberá hacerse constar por separado el valor de las mercaderías transferidas o el precio de los servicios prestados y la tarifa del impuesto; y el IVA cobrado.**

**El no otorgamiento de facturas, boletas, notas o comprobantes de venta constituirá un caso especial de defraudación que será sancionado de conformidad con el Código Tributario.**

**En caso de los derivados del petróleo para consumo interno y externo, Petrocomercial, las comercializadoras y los distribuidores, facturarán desglosando el Impuesto al Valor Agregado IVA del precio de venta.**

## NOTAS

**Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno:**

Art. 26.- (Sustituido por el Art. 17 del D.E. 1628, R.O. 350, 30 de diciembre de 1999).- *Emisión de Comprobantes de Venta.- Las sociedades indivisas y las personas naturales, obligadas o no a llevar contabilidad, están obligadas a emitir comprobantes de venta en todas las transferencias de bienes y en la prestación de servicios que efectúen y que se relacionen con el giro de su negocio, independientemente de su valor y de los contratos celebrados.*

*Dicha obligación nace con ocasión de la transferencia de bienes o de la prestación de servicios de cualquier naturaleza, aun cuando dichas transferencias o prestaciones se realicen a título gratuito, no se encuentren afectas a tributos o estén sometidas a tarifa 0%.*

*Las personas naturales no obligadas a llevar contabilidad deberán emitir comprobantes de venta cuando sus transacciones excedan del valor establecido en el Reglamento de Facturación.*

*No obstante, en transacciones de menor valor, las personas naturales no obligadas a llevar contabilidad, a petición del adquirente del bien o servicio, están obligadas a emitir y entregar comprobantes de venta.*

*Los contribuyentes no obligados a llevar contabilidad, por todas sus transacciones inferiores al límite establecido en el Reglamento de Facturación, para la emisión de comprobantes de venta, deberán cerrar caja diariamente mediante la emisión de un comprobante resumen diario de ventas. En todos los demás aspectos, se estará a lo dispuesto en el Reglamento de Facturación.*

*También existe normativa que hace relación a casos específicos como al Impuesto al valor agregado presuntivo en la distribución de combustibles, para el efecto ver El Reglamento de aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno art. 144D; la Resolución No. 110 del Servicio de Rentas Internas.- (Normas sobre el iva en la distribución de combustibles); la Resolución No. 000129 del Servicio de Rentas Internas.- (Normas sobre el iva en la distribución de combustibles a instituciones públicas y sociedades); la Resolución No. 0142 del Servicio de Rentas Internas.- (Se dispone que entidades públicas y contribuyentes especiales no retengan el IVA en compras de combustibles a distribuidores finales); Ley de Régimen Tributario Interno, arts. 77, 83, 101, 105 ; Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno: arts. 26, 219 y 221.*

14. No podemos dejar de mencionar un valioso aunque sucinto análisis que hace Jorge Zavala Egas sobre la clasificación de los delitos tributarios. Al respecto ver en III Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, artículo *Naturaleza de las infracciones tributarias y su denominación*, Guayaquil, 1986, págs. 103 a 109.

15. Es lamentable la distorsión que se hace de la presunción de dolo en la administración de justicia y esto se debe a que administran justicia penal en materia tributaria jueces que no conocen de dicha materia por no ser ésta su especialidad. Como ejemplo veamos un extracto del siguiente fallo: *...porque existe comprobación plena en contra del sindicado, en el que se ha comprobado la existencia del dolo, y conforme el segundo inciso del artículo 342 del Código Tributario, En el contrabando y la defraudación, los actos u omisiones que los constituyen se presumen conscientes y voluntarios, pero se aceptará prueba en contrario. Es de advertir también que del proceso no aparece prueba alguna actuada por el recurrente GCPP, que justifique su inocencia en el delito perseguido, por lo que no procede la alegación de haberse violado preceptos jurídicos atinentes a la valoración de la prueba que no ha presentado y tampoco a la comprobación del delito por los juzgadores.* Gaceta Judicial, Serie XVII, No.1, p. 242 y 243. (El subrayado es nuestro).

16. Albán Gómez, Ernesto: Ob. Cit. p. 199.

17. En concordancia con las normas del Código Tributario debe observarse la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas en su Disposición General Séptima.

18. El actual artículo 383 del Código Tributario sufrió una severa reforma por el artículo 14 de la Ley 99-24 R.O. 181-S, 30 de abril de 1999. Originalmente, el artículo decía: *Defraudación de otros tributos.- La defraudación de tributos tipificada en el ordinal 4 del artículo 381 se sancionará con multa de dos mil a veinte mil sucres, y, la que se refiera a otros tributos, con multa que, no siendo inferior al valor de los que se evadieron o pretendieron evadir, podrá ser de hasta el quintuplo de esos tributos, según la gravedad y circunstancias de la infracción.*



# La noción de acto administrativo en el Derecho Público ecuatoriano

Efraín Pérez

## ANTECEDENTES

El presente artículo pretende revisar brevemente el concepto de acto administrativo en el Derecho Público y las doctrina tal como se presenta hoy en Ecuador. ¿Por qué un estudio sobre el acto administrativo en Ecuador? Entre la importantes obras de los publicistas que cultivan el Derecho Administrativo en diferentes países se destacan sus monografías sobre el acto administrativo, algunas de las cuales se citan en el presente artículo. El acto administrativo también se desarrolla extensamente en los cursos, manuales y tratados de Derecho Administrativo. Poco se podría aportar a sus construcciones jurídicas teóricas sobre el acto administrativo, algunas de ellas verdaderamente notables, en este espacio restringido y dadas las naturales limitaciones del autor de estas breves líneas. Pero, en cambio, apenas se ha escrito sobre el acto administrativo propiamente ecuatoriano.

En este asunto cabe citar a Mairal cuando afirma que *los conceptos jurídicos surgen de cada régimen institucional y por ende deben adecuarse a las particularidades del régimen al que corresponden, de donde no es posible la pretensión de crear tales conceptos con validez universal. ... Sólo dentro de un determinado régimen jurídico valdrán, pues, los conceptos que construimos para expresar las reglas jurídicas así como para darles orden y sistema.*<sup>1</sup>

Especialmente cierto resulta este criterio para el estudio de la noción de acto administrativo en Ecuador, donde las referencias a doctrinas extranjeras deben matizarse en función de las leyes y jurisprudencia de cada país. En efecto, desde las aulas universitarias nos enseñan que la doctrina cederá siempre ante la legislación y la jurisprudencia, sin perjuicio de la importancia que tienen las reflexiones de los juristas sobre estas materias.

Por otra parte, resulta necesario analizar el contexto doctrinal dentro del cual se realizan las expresiones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales ecuatorianas, que necesariamente están vinculadas a obras y estudios de Derecho Administrativo de otros países, entre los cuales se deben destacar Argentina, España, Francia e Italia. Así, el método que se sigue en el presente estudio es de analizar el ac-

to administrativo ecuatoriano en la legislación y la jurisprudencia, en el contexto de la teoría general del acto administrativo de los diferentes sistemas jurídicos.

Este artículo se contrae a la noción de acto administrativo en Ecuador. Otros importantes aspectos del acto administrativo que el espacio no permite desarrollar en este artículo son: 1. requisitos; 2. elementos; 3. clases, y 4. impugnación.

## INTRODUCCIÓN

Es cierto, como dice Gordillo, que no debe concebirse la noción del acto administrativo desde un punto de vista procesal exclusivamente.<sup>2</sup> Pero la verdad es que la condición procesal ejerce una gran influencia en el concepto de acto administrativo. Por supuesto que lo contrario también es cierto: los procedimientos y procesos administrativos están determinados por la naturaleza de los actos que se impugnan. Por ejemplo, un principio elemental del procedimiento (en sede administrativa) y del proceso (en sede judicial) administrativo establece que no son impugnables los actos de mero trámite sin efectos obligatorios en una decisión final. Asimismo, los actos normativos o *reglamentarios*<sup>3</sup> tienen procedimientos y requisitos de impugnación diferentes que los actos administrativos, aunque la doctrina y legislación de algunos países incluye los actos normativos o reglamentarios dentro de los actos administrativos.

La distinción que cierta doctrina establece entre actos normativos y actos administrativos proviene de una tradicional clasificación de los actos jurídicos de la función administrativa, que se remonta a Duguit, modificada por su discípulo Jéze que, en atención a su contenido, caracteriza los actos jurídicos en:

- 1) actos creadores de situación jurídica general (actos legislativos o reglamentarios);
- 2) actos creadores de situación jurídica individual (actos creadores de situación jurídica individual: unilaterales o contractuales);
- 3) actos que confieren a un individuo una situación jurídica general, un status (actos-condición, que constituyen la condición de aplicación a un individuo de un status legal);

4) actos que legalizan una situación jurídica general, una situación jurídica individual o un hecho (actos jurisdiccionales).<sup>4</sup>

En Ecuador, tanto la Constitución Política cuanto la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, distinguen para efectos de su impugnación los actos normativos de los actos administrativos. En efecto, la Constitución trata de la impugnación por razones de constitucionalidad de los actos normativos en el artículo 276, 1. y de la impugnación de los actos administrativos en el artículo 276, 2.<sup>5</sup> La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contempla el llamado recurso de objetivo o de anulación o por exceso de poder para la impugnación de los actos normativos o reglamentarios y el recurso de plena jurisdicción o subjetivo para los actos administrativos. Asimismo, por cuestiones justamente procesales, el extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró que los actos normativos podían también impugnarse a través del recurso subjetivo o de plena jurisdicción. Mas, como la ley reserva el recurso de plena jurisdicción solamente para los *actos administrativos* la resolución obligatoria del Tribunal Contencioso Administrativo llamó a los actos normativos *actos administrativos generales*, lo que se discutirá más adelante.

Pero ahora solamente se cita estas referencias para llamar la atención sobre una clásica discusión sobre el alcance del término de acto administrativo, que ha evolucionado hacia un enfoque más restringido en la legislación ecuatoriana, que contempla diferentes categorías para los actos administrativos y los actos normativos, pero que todavía no se afianza suficientemente en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

## EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1) Dos artículos de la Constitución ecuatoriana se refieren expresamente al *acto administrativo*:

*Art. 196. 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.*

*Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:*

2. *Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.*

En otras partes de su texto, la Constitución norma exclusivamente los actos, sean éstos considerados o no como administrativos.<sup>6</sup> En todas las veces se alude a actos exclusivamente, incluyendo actuaciones que se apartan de la normativa constitucional y legal, llamadas vías de hecho en algunas legislaciones; actos que, por tal razón, no podrían considerarse apropiadamente actos administrativos. Así, se deben destacar las provisiones siguientes de la Ley Fundamental:

*Art. 120.- No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.*

En este caso, el término actos comprende tanto los llamados actos y hechos administrativos, actos de la administración, así como las vías de hecho de los órganos públicos.

*Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.*

2) La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dispone que *el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trate.*<sup>7</sup> Como se verá más adelante, una Resolución obligatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo amplía el concepto, extendiendo el recurso de plena jurisdicción a lo que denomina *actos administrativos generales*.

3) La derogada Ley de Régimen Administrativo contemplaba la jurisdicción contencioso-administrativa que correspondía al extinguido Consejo de Estado. No se utiliza el término acto administrativo, sino a *un acto ... de una autoridad administrativa nacional o seccional*, y más adelante a *acto lesivo*.<sup>8</sup> En este artículo de la Ley se prevé, aunque en forma sucinta, la existencia y desarrollo de la reclamación de los actos administrativos en sede administrativa, cuando dispone que, antes de presentar su reclamo en el Consejo de Estado, *el perjudicado ... demostrará haber agotado los recursos jerárquicos y que ha sido negada su solicitud.* También se establece en esta provisión el silencio administrativo negativo; *Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo haya dado resolución alguna, salvo que la Ley señale un plazo mayor.*<sup>9</sup>

4) El Código Tributario trata en unos pocos artículos sobre la forma y contenido de los actos administrativos tributarios, su presunción de legitimidad y ejecutoriedad; define los *actos firmes* y los *actos ejecutoriados*, así como su forma de notificación.<sup>10</sup> Se podría considerar que, a falta de otras disposiciones que expresamente normen estos temas específicos, sus disposiciones son aplicables a todos los actos administrativos y no solamente los tributarios.

5) La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control dispone que *la obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva ... cuando se reciban de terceros obras, bienes y servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.*<sup>11</sup>

6) La Ley de Modernización contiene algunas disposiciones sobre el trámite del acto administrativo, principalmente el silencio administrativo, que establece una presunción de acto administrativo favorable a la solicitud del ciudadano,

la obligatoriedad de la motivación y las formas de notificación; remitiéndose al Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva para todo lo atinente a *la formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva*.<sup>12</sup>

7) A diferencia de las normas que se acaban de citar, en forma inconveniente el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva<sup>13</sup> define el acto administrativo. En general, la tendencia moderna es abstenerse de las definiciones en el momento de legislar, puesto que tales conceptualizaciones resultan siempre incompletas y frecuentemente superadas en los hechos. Así, la definición se deja a la doctrina y por supuesto a la cátedra. El artículo 64 del Estatuto dispone:

**ACTO ADMINISTRATIVO.** *Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.*

Se pueden citar la Ley 241 (1990) italiana<sup>14</sup> y la Ley 30/1992 de España<sup>15</sup> como normas legales de los años noventa sobre procedimiento que evitan definir el acto administrativo. Más antigua, aunque todavía vigente la Ley 19.549 (1972) de Argentina,<sup>16</sup> también se abstiene entrar en definiciones, pero sí define el acto administrativo la ley venezolana de 1982.<sup>17</sup>

También el Estatuto define el *acto normativo* como *... toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa*.<sup>18</sup>

8) La Ley de Control Constitucional ecuatoriana, en cambio, con fines procedimentales, *para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad*, dispone que *se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final*.<sup>19</sup>

## LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO EN ECUADOR

Los órganos públicos en el ejercicio de sus atribuciones o potestades constitucionales o legales, en la esfera de su jurisdicción y competencia ejecutan actos jurídicos de Derecho Público, o sea, actos administrativos.<sup>20</sup> En consecuencia, el concepto de acto administrativo es uno de los más importantes del Derecho Público porque a través de estos actos se manifiesta la voluntad de la función administrativa del Estado. Pero como se examina brevemente en este artículo, hay que coincidir con Laubadère cuando afirma que no es cierto que una noción tan fundamental en Derecho Administrativo como es el acto administrativo tenga una definición única y cierta.<sup>21</sup>

Esta relevancia del acto administrativo en el Derecho Público se ha ido afirmando con la disminución de la importancia destacada que se atribuía a la noción del *acto de gobierno* —en contraposición al acto administrativo—, lo que se discutirá más adelante. No obstante, hay que reconocer que en la actualidad algunos administrativistas consideran que se debería prestar más atención a la sustancia de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y menos al formalismo del acto administrativo, incluso —o especialmente— en el procedimiento y el proceso administrativo.

Acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata, afirma Gordillo.<sup>22</sup>

Como se señaló líneas arriba, la Ley de Modernización confirma el papel del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva como principal instrumento jurídico que rige el acto administrativo en Ecuador,<sup>23</sup> además del sustento constitucional del Estatuto constante en el Art. 171 de la Ley Suprema, que enumera las atribuciones y deberes del Presidente de la República, en cuyo numeral 9. se lee:

*Dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva;*

Así, se debe afirmar que, en términos casi iguales que Gordillo, siguiendo a Dromi,<sup>24</sup> el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define: *Acto Administrativo. Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa*.<sup>25</sup> La diferencia con la definición de Gordillo estriba en que el Estatuto (ERJA) dice *en forma directa*, en vez de *en forma inmediata*. El uso del término *directo* es utilizado por Dromi en concordancia con Cassagne,<sup>26</sup> siguiendo unas pocas leyes de procedimiento administrativo de su país, quien los llama así porque los efectos jurídicos del acto administrativo son directos; surgen de él mismo, no están subordinados a la emanación de un acto posterior.<sup>27</sup> Los contraponen con actos que tienen, según este autor, *efecto jurídico indirecto o mediato*, concluyendo más adelante que estos otros actos (los que tienen efecto indirecto o mediato) *no son actos administrativos por carecer de la señalada inmediatez*. Pero es claro que *indirecto* no es sinónimo de *mediato*. Por tal razón, Díez, por ejemplo, prefiere definir estas características como *efectos jurídicos directos e inmediatos* y Escola las define mejor como *efectos jurídicos subjetivos*.<sup>28</sup>

Por último, el proyecto de Tinajero, al referirse al acto administrativo tampoco utiliza el apelativo *directo*.<sup>29</sup>

Parece que todos estos términos (*directo e inmediato*) se orientan a distinguir, por una parte, el efecto individual de los actos administrativos sobre situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y, por otra parte, a distinguir los efectos de los actos administrativos de los efectos de los actos normativos o reglamentarios. No obstante, se podría observar que los actos normativos también producen *efectos jurídicos individuales*, aunque sean de índole general; y que tales actos normativos también se aplican a los individuos en forma *directa e inmediata*, es decir desde la fecha de su promulgación, aunque sean desconocidos por sus destinatarios. El Estatuto citado manifiesta que los *actos normativos* producen sus efectos *de forma directa*.<sup>30</sup>

Esta ambigüedad se resuelve en la definición de acto administrativo que, para efectos de la demanda de inconstitucionalidad, contiene la Ley de Control Constitucional, que dice que

*... se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, ...*<sup>31</sup>

El concepto expresado en tal forma, debería complementarse con la referencia al órgano que realiza la declaración y su competencia para expedir tal declaración, lo que

hace una sentencia del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

... en el concepto más simple, acto administrativo es el pronunciamiento de la autoridad competente, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley.<sup>32</sup>

Así, combinando ambos criterios, el uno legal y el otro jurisprudencial, el acto administrativo es la declaración de un órgano competente que crea, modifica o extingue una situación jurídica individual.<sup>33</sup>

#### LOS CRITERIOS ORGÁNICOS EN LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO EN ECUADOR

Así, contra la definición generalmente aceptada en la actualidad que se cita líneas arriba, que abarca la función administrativa de todos los poderes del Estado, esto es, también la Función Legislativa y la Judicial, Díez, con un criterio orgánico que ya no es mantenido por la doctrina, afirmaba que solamente el órgano ejecutivo puede dictar actos administrativos.<sup>34</sup>

En cambio, Morales, actual Presidente del Tribunal Constitucional, por ejemplo, acertadamente dice que las designaciones que emanan del Congreso Nacional como las de Superintendentes, Procurador General del Estado, etc., son por su esencia y naturaleza actos administrativos.<sup>35</sup>

La Ley de Control Constitucional cae en el error orgánico cuando reglamenta el texto constitucional y transforma un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que consta en el texto constitucional por autoridad de la administración pública que es la expresión de la Ley de Control Constitucional; cuando resulta claro que los actos administrativos o no— cuya constitucionalidad se puede impugnar ante el Tribunal Constitucional son aquellos provenientes no solo de la administración pública, sino de cualquier órgano público en ejercicio de funciones administrativas. Se puede añadir que tales actos administrativos se convierten en simples actos o vías de hecho si carecen de legitimidad. La acción de amparo no se refiere a los actos administrativos sino a los actos simplemente, siempre que sean ilegítimos.

Estas confusiones doctrinales también se han reflejado al menos un par de ocasiones en votos salvados del Tribunal Constitucional que acudieron a las periclitadas nociones del acto de gobierno y de acto institucional para alegar que tales actos, que no son actos legislativos, no se pueden impugnar en una acción de amparo constitucional; acción de amparo que excluye, adecuadamente, los actos legislativos y los actos jurisdiccionales. Tales concepciones que excluyen ciertos actos de órganos públicos de la revisión judicial, según Gordillo, ocupan un puesto con la doctrina de facto y la admisión de la usurpación de poder, los actos y cuestiones de gobierno (políticas, institucionales, no justiciables, etc.), son concepciones que hoy carecen de justificación y se van desmantelando.<sup>36</sup>

No obstante lo dicho sobre tales votos salvados, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acepta que la Constitución ha previsto la acción de amparo contra actos ilegítimos de toda autoridad pública, y el Congreso Nacional es una autoridad pública,<sup>37</sup> lo que fue reiterado nuevamente con ocasión del amparo constitucional relativo al nombramiento de Presidente del Congreso Nacional, aun-

que de una forma ambigua y con más votos salvados;<sup>38</sup> en todo caso superando así un enfoque anterior, según el cual la resolución del H. Congreso Nacional por la que fue descalificado el actor no es un acto administrativo porque el Congreso Nacional no es una autoridad administrativa.<sup>39</sup>

Cabe insistir que en todos los casos citados deben distinguirse los actos de los actos administrativos y que algunas demandas impugnaron actos administrativos, pero otras impugnaron simplemente actos del Congreso; pero la acción de amparo no establece tales distinciones.

#### LA DOCTRINA EXTRANJERA SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO

Por otra parte, tratadistas argentinos de una generación anterior a los citados líneas arriba concibieron en forma más amplia la noción del acto administrativo.<sup>40</sup> Marienhoff considera que el acto administrativo también se puede dar en forma bilateral, a diferencia de la definición que se ha adelantado, que se limita a las declaraciones unilaterales. Así, según este autor y los que lo siguen, el contrato administrativo también sería un acto administrativo, pero de índole bilateral: Todo contrato administrativo es, substancial y esencialmente un acto administrativo bilateral.<sup>41</sup> El mismo Gordillo manifiesta que en un concepto amplio de acto administrativo estarían comprendidas las tres hipótesis (acto bilateral, acto unilateral general y acto unilateral individual), aunque aclara que prefiere adoptar un criterio más restringido que solo toma en cuenta los actos unilaterales e individuales.<sup>42</sup>

En tal sentido, quizá los autores argentinos de la generación anterior se inscribían con alguna posición de los administrativistas franceses e italianos.<sup>43</sup> En efecto, los franceses mantienen un concepto de acto administrativo de gran amplitud. El decano Vedel, por ejemplo, hasta la 12ª edición de su renombrada obra, es decir hasta 1992, se refirió a las decisiones ejecutorias, concepto que abarca todos los actos administrativos unilaterales, que incluye también los reglamentos pero no los contratos administrativos. Mas, a partir del año indicado estableció una distinción: la decisión ejecutoria es un acto por el cual una autoridad administrativa manifiesta unilateralmente su voluntad orientada a producir efectos de derecho sobre los administrados,<sup>44</sup> con lo que coincide Rivero.<sup>45</sup> Así, las decisiones ejecutorias son diferentes de otros actos administrativos unilaterales que no modifican la situación jurídica existente. Laubadère considera que la distinción de actos reglamentarios e individuales, ... , no es absoluta y su puesta en vigencia encuentra ciertas dificultades.<sup>46</sup>

Los españoles también incluyen entre los actos administrativos aquellos actos llamados por el Estatuto ecuatoriano simples actos de la administración, o actos de trámite, así denominados por la misma legislación española y excluyen, como los italianos, los actos reglamentarios,<sup>47</sup> sin que falten autores que consideran un sentido amplio de acto administrativo que abarque ... tanto al acto administrativo general como al concreto.<sup>48</sup> Pero sobre esta posición, se pregunta García-Trevijano Fos ¿es esto posible jurídicamente hablando?, y contesta: A mi juicio, en absoluto. La mayoría de la doctrina se opone a esta asimilación (de acto administrativo con acto normativo). Concluye afirmando que todo acto normativo —y en este caso los reglamen-

tos y actos asimilados— debe excluirse de una teoría general de los actos administrativos. Dice que la inclusión de los Reglamentos entre los actos administrativos tiene su origen en el dogmatismo kelseniano trasladado al campo administrativo por Merkl.<sup>49</sup>

En la actualidad, los administrativistas italianos enfatizan el aspecto subjetivo de la *resolución* (provvedimento) en cuanto modifica o confirma la situación jurídica del ciudadano,<sup>50</sup> excluyendo los actos normativos o reglamentos; mientras que incluyen dentro de los actos (atti) administrativos, tanto las *resoluciones* como los llamados en el Estatuto ecuatoriano actos de simple administración, es decir aquellos actos de mero trámite.<sup>51</sup>

#### LA DOCTRINA DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN ECUADOR

Los libros ecuatorianos sobre Derecho Administrativo más recientes, que se han podido consultar, se remiten a la definición de Gordillo citada.<sup>52</sup> En cambio, Morales se inscribe en la corriente que incluye dentro de los actos administrativos a los que él denomina *actos generales, colectivos, objetivos, verbigracia el reglamento*,<sup>53</sup> es decir los actos normativos o reglamentarios.

Por supuesto que autores ecuatorianos de fechas anteriores reflejan posiciones europeas, que predominaban en su época. Así, Espinoza conceptuaba el acto administrativo desde una amplísima perspectiva como *la actividad del Estado y de las demás entidades de carácter público, para el cumplimiento de sus fines y con el objeto de satisfacer necesidades colectivas*.<sup>54</sup>

Jaramillo Alvarado no estuvo lejos de los autores ecuatorianos contemporáneos cuando afirmó que el acto administrativo es *toda clase de declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas*.<sup>55</sup> El profesor Córdova, remitiéndose expresamente a Royo Villanova, define el acto administrativo como *un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo, por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta, positiva o negativamente, a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la administración pública*.<sup>56</sup> Borja y Borja, siguiendo el enfoque tradicional de Merkl, comprende tanto los contratos como los reglamentos entre los actos administrativos.<sup>57</sup>

#### EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

Para efectos procesales—como distintos de los efectos *procedimentales*— la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia considera aplicable todavía<sup>58</sup> la norma dirimente N° 8 del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mencionada líneas arriba, que acepta la impugnación de un *acto administrativo de carácter general*, sea interponiendo el *recurso objetivo o de anulación* (o por exceso de poder), sea el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, *cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente*,<sup>59</sup> llamando en efecto *acto administrativo general* a lo que se conoce en doctrina como *acto normativo*, o lo que la misma Ley de la Jurisdicción Contencioso Admi-

nistrativa denomina *norma jurídica objetiva, de carácter administrativo*,<sup>60</sup> es decir, una norma reglamentaria.

Así como la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establece dos vías para los recursos administrativos—según estos sean contra la *norma jurídica objetiva, de carácter administrativo* (reglamentaria) o contra actos administrativos— igualmente la Constitución hace una diferenciación entre las demandas de inconstitucionalidad de normas (*leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones*), como distintas de las demandas de inconstitucionalidad de *actos administrativos de toda autoridad pública*. Si bien la expresión de *actos administrativos de toda autoridad pública* es suficientemente claro, en cambio es confusa y antitécnica la enumeración de actos normativos citada. En efecto, se incluye a las resoluciones entre los actos normativos, en tanto que la misma Constitución atribuye a los ministros la competencia para *expedir las normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial* (179, 6.), *pero se conoce que los ministerios pueden denominar resolución a un acto normativo, tal como un reglamento o un instructivo, pero estas dependencias públicas también dan el apelativo de resoluciones a actos administrativos, es decir que afectan a situaciones jurídicas individuales, como por ejemplo resultan ser las aprobaciones de estudios de impacto ambiental, que el Ministerio del Ambiente las otorga a través de resoluciones ministeriales*.

El uso del término *resolución* tanto para actos normativos como para actos administrativos origina frecuentemente confusiones al momento de presentar una reclamación constitucional. El Tribunal Constitucional recientemente resolvió:

... *demanda que se sustenta en el Art. 276 numeral 1 de la Constitución, y solicita se declare la inconstitucionalidad de las Resoluciones \_\_\_ y \_\_\_, adoptadas por el Consejo Superior de la Policía Nacional, las mismas que son de aquellas que lesionan derechos particulares o situaciones jurídicas individuales (en el caso del Capitán de Policía NN), que provienen de un acto administrativo objetivo o general, las que deben ser conocidas y resueltas de conformidad con el numeral 2 del artículo 276 de la Carta Política, puesto que no se trata de un instrumento jurídico que genere efectos erga omnes, los que sí son de competencia del Tribunal Constitucional en Pleno, que conoce y resuelve las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones etc. En el presente caso, el demandante valiéndose indebidamente de una demanda de acción de inconstitucionalidad pretende proteger sus derechos subjetivos; consecuentemente ha equivocado la vía y el fundamento de esta demanda.*

El voto salvado en esta Resolución del Tribunal Constitucional se refirió a otro punto y, sobre la materia que se discute, afirmó en concordancia con el resto de los vocales del Pleno del Tribunal:

*Al haber el accionante demandado la inconstitucionalidad del acto impugnado en virtud del número 1 del artículo 276 de la Constitución y no del número 2 del mismo artículo constitucional el demandante equivocó la vía y el fundamento de su demanda, como en la especie fue considerado por el Pleno del Tribunal, criterio con el cual, insisto, concuerdo plenamente.*<sup>61</sup>

Por otra parte, es menos claro el razonamiento de la 2ª Sala del Tribunal Constitucional que tramitó la impugnación de una Resolución del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI) que impuso *una autorización previa para la importación de licores originarios y provenientes de Colombia, en forma temporal*, reclamación planteada por la vía del numeral 2. del Art. 276 de la Constitución, es decir el trámite de impugnación de actos administrativos, en vez del trámite constante en el numeral 1. del mismo artículo, que resultaba aplicable, puesto que se refiere a *leyes y otros actos normativos o reglamentarios*. Debe notarse que este caso es exactamente contrapuesto al que se acaba de citar líneas arriba, ya que aquí se trata de un acto normativo cuya inconstitucionalidad se demanda por la vía establecida para atacar la constitucionalidad de actos administrativos. En todo caso, en ambas situaciones los actos impugnados han sido expedidos con el nombre de *resolución*. En los Considerandos, la 2ª Sala denomina *acto administrativo objetivo* a la Resolución 004 del COMEXI y manifiesta que: *Las resoluciones del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones COMEXI, son normas objetivas de derecho de carácter general y de naturaleza reglamentaria, por lo que una persona natural o jurídica puede impugnarlas cuando se expidan con exceso de poder ... RESUELVE: ... declarar la inconstitucionalidad del acto administrativo del ... COMEXI ... que establece una autorización previa para la importación de licores originarios y provenientes de Colombia.*<sup>62</sup> Al hacer referencia al *exceso de poder*, la 2ª Sala parecería acogerse en el procedimiento constitucional a la interpretación obligatoria citada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que admite el recurso subjetivo o de plena jurisdicción para la impugnación de *actos administrativos generales*.

También existen otros antecedentes donde el Tribunal Constitucional modifica o interpreta liberalmente el concepto de acto administrativo (que afecta *situaciones jurídicas individuales*<sup>63</sup>) constante en la Ley de Control Constitucional y aporta su propia definición, donde se comprenden también los actos normativos:

*... al acto administrativo lo concebimos como la declaración unilateral de voluntad de la administración pública, sobre asuntos administrativos, que causa efectos jurídicos ... La Ley de Control Constitucional, al referirse al acto administrativo, considera sus efectos de modo general, esto es, que los actos administrativos crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, de tal suerte que hemos de entender que existen actos administrativos interpartes, esto es, actos que solo tienen que ver con el individuo o una persona y actos administrativo objetivos o generales que afectan al conglomerado, como lo es en el presente caso" (negritas en el original).*<sup>64</sup>

## CONCLUSIÓN

Tanto la legislación vigente como la jurisprudencia, así como la mayor parte de los autores ecuatorianos que han tratado sobre el acto administrativo lo consideran como **la declaración de un órgano competente que crea, modifica o extingue una situación jurídica individual**. No obstante, en algunas ocasiones, se ha extendido la interpretación de acto administrativo para que abarque también a los actos normativos o reglamentarios.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### Referencias legales ecuatorianas

(en orden de fechas)

Ley 035-CL. *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, RO 338, 18 de marzo de 1968

*Ley de Régimen Administrativo. Constitución y Leyes de la República*. Suplemento RO N° 1202, 20 de agosto de 1960.

*Código Tributario*. Suplemento RO 958, 23 de diciembre de 1975

*Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*. DS 1429. RO 337, 16 de mayo de 1977.

L. 50. *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*. RO 349 del 31 de diciembre de 1993.

DE 1634. *Expídese el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. RO 411, 31 de marzo de 1994.

*Ley de Control Constitucional*. RO 99, 2 de julio de 1997.

DL-2001-1. RO 144, 18 de agosto de 2000 (Artículo innumerado que se añade después del Art. 28 de la Ley de Modernización).

### Referencias legales extranjeras

ARGENTINA. Ley 19.549. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, con reformas introducidas por la Ley 21.686 (1977).

COSTA RICA. Ley N° 6227, *Ley General de la Administración Pública*, de 1978.

ESPAÑA. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Boletín Oficial del Estado de 27 de noviembre de 1992, con corrección de errores en los boletines de 28 de diciembre y 27 de enero de 1993. Texto de la ley tomado de Juan Alfonso Santamaría Pastor (Editor). *Derecho Administrativo. Normas básicas*. McGraw-Hill. Madrid, 1995.

ITALIA. Legge 7 agosto 1990, n. 241. *Procedimento Amministrativo e Diritto di Accesso ai Documenti*. Texto de la ley tomado del libro de comentarios: Vittorio Italia y Mario Bassani. (Coordinadores). Giuffrè Editore. Milán, 1991.

VENEZUELA. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario de 1° de julio de 1981.

### Jurisprudencia administrativa ecuatoriana

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. *Disposiciones para la calificación de los recursos objetivo o de anulación y subjetivo o de plena jurisdicción, en controversias planteadas para impugnar actos administrativos de carácter general*. RO 722, 9 de julio de 1991.

2ª Sala. Juicio N° 1443: Flores-Consejo Provincial del Guayas. Sentencia N° 49-85: 28-V-85. En: Larrea Holguín, Juan y Efraín Pérez. *Repertorio de Jurisprudencia*. 1984-85. T. XXIX. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1989. p. 2.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. R. 219-99. Dalmerval (Villao)-Municipio de Salinas. Sala de lo Contencioso Administrativo. RO 219, 5 de octubre de 1999.

R. 09-2000. Almeida-Junta de Defensa Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. RO 49, 3 de abril de 2000.

### Jurisprudencia constitucional ecuatoriana

R. N° 179-97-AA. En: *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional*. Junio 97- Julio 98. p. 209.

R. N° 013-AA-99-I.S. Caso N° 701-98-AA. En: *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional*. Enero-diciembre 1999. Quito, s/f. p. 193.

R. Caso 1021-99-AA. Suplemento RO 29, 2 de marzo de 2000. p. 2-3.

R. 150-2000-TP. Suplemento RO 149, 25 de agosto de 2000.

R. 084-2001-TP. Caso 042-2000-TC. Suplemento RO 349, 18 de junio de 2001. p. 24.

R. 199-2000-TP. Caso 181-2000-RA (Generales Paco Moncayo Gallegos y René Yandún Pozo contra resolución del Congreso Nacional). *Gaceta Constitucional*. Junio del 2001. N° 2. *La Acción de Amparo Constitucional*. Resoluciones 2000. Quito, 2001. p. 50.

### Obras

BIELSA, RAFAEL. *Derecho Administrativo*. La Ley. Buenos Aires, 1980. Tomo II.

BORJA Y BORJA, RAMIRO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1984.

CANASI, JOSÉ. *Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1981. Vol. I.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, 1978.

\_\_\_\_\_ . *Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000.

Tomo II.

COMADIRA, JULIO R. *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996.

CÓRDOVA GUERRÓN, EDUARDO. *Derecho Administrativo*. Poligrafiados PUCE. Quito, 1965.

DÍEZ, MANUEL M. *Derecho Administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1976. T. II.

DROMI. *El Acto Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997.

ENTRENA CUESTA, RAFAEL. *Curso de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid, 1989. Volumen I/1.

ESCOLA, JORGE HÉCTOR. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. I.

ESPINOZA S., ARSENIO. *Curso de Derecho Administrativo*. 2° año de Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil. Guayaquil, 1932.

FIORINI, BARTOLOMÉ. *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*

(10ª edición). Civitas. Madrid, 2000. Tomo I.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ ANTONIO. *Los Actos Administrativos*. Civitas. Madrid, 1991.

GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid, 1994. Volumen I.

GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán, 1993. Volumen segundo.

GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Civitas. Madrid, 1993.

GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. 3, El Acto Administrativo. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2000.

GRANJA GALINDO, NICOLÁS. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 1997.

IDROVO ARCINIEGA, MARCO. *La Contratación Pública*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, 1993.

JARAMILLO ALVARADO, PÍO. *Derecho Público Interno*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1953.

JARAMILLO ORDÓÑEZ, HERNÁN. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Loja, 1999.

JÈZE, GASTON. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1948.

LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET. *Traité de Droit Administratif*. LGDJ. París, 1992. T. 1.

MAIRAL, HÉCTOR A. "Los meros procedimientos administrativos." En *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.

MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988. T. II y III-A.

MORALES TOBAR, MARCO. "El Acto Administrativo." En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*. Konrad Adenauer Stiftung-Tribunal Constitucional. Quito, 1999.

PÉREZ, EFRAÍN. *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y la Constitución*. Ediciones ESTADE. Quito, 2000.

SANDULLI, ALDO. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Jovene Editore. Nápoles, 1989. Vol. primero.

RIVERO, JEAN y JEAN WALINE. *Droit Administratif*. Dalloz. París, 1992.

TINAJERO VILLAMAR, FRANCISCO. *Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos*. Quito, s/f.

VEDEL, GEORGES y PIERRE DEVOLVÉ. *Droit Administratif*. PUF. París, 1992.

ZANOBINI, GUIDO. *Corso di Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán, 1958. Vol. primero.

## NOTAS

1. Mairal, Héctor. "Los meros procedimientos administrativos". En *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 651.
2. Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. El acto administrativo. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2000. p. I-4.
3. En este artículo se alude a los *actos reglamentarios* en un sentido amplio, como sinónimo de *actos normativos*. Pero hay autores que utilizan el término *reglamentario* en un sentido estricto solamente, para designar a los actos normativos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la *potestad reglamentaria*, atribuida por la Constitución. En todo caso, hay que recordar que, aun desde esta limitada perspectiva, la Constitución ecuatoriana también atribuye a otros órganos la expedición de normas, generalmente obligatorias: al Directorio del Banco Central (Art. 268 de la Constitución) y a la Contraloría General del Estado (Art. 211 de la Constitución). Además, la Ley Suprema también faculta a los ministros de Estado a expedir las *normas ... que requiera la gestión ministerial* (Art. 179 de la Constitución). Asimismo, a base de lo determinado en la Ley de Contratación Pública, las instituciones del Estado dictan *reglamentos para la organización del comité de contratación* (Art. 11 de la Ley de Contratación Pública).
4. Jéze, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1948. Tomo I, p. 29 y 30. *Duguit —dice Jéze— no distingue más que tres categorías de actos jurídicos: los actos-reglas, los actos subjetivos (de los cuales el prototipo es el contrato) y los actos condiciones*, pie de página, p. 30. Por supuesto que como todas las clasificaciones, ésta puede cuestionarse también. Por ejemplo, se podría objetar que los actos-condición de un órgano administrativo, también son actos creadores de situaciones jurídicas individuales. En todo caso, la noción actual más común de acto administrativo englobaría los actos unilaterales y los actos condición.
5. Art. 276.- *Competerá al Tribunal Constitucional:*
  1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.
  2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.
6. Ver los Artículos 20, 22, 26, 95, 97, 109, 111, 130, 8., 272, 278. de la constitución
7. Ley 035-CL, R.O. 338, 18 de marzo de 1968; con reformas. *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Art. 3.
8. En: *Constitución y Leyes de la República*. Suplemento R.O. 1202, del 20 de agosto de 1960, p. 245. Ley de Régimen Administrativo. Art. 112.
9. Art. 112, citado.
10. *Código Tributario*. Suplemento R.O. 958, 23 de diciembre de 1975, con reformas. Arts. 81 al 86.
11. DS 1429. R.O. 337, 16 de mayo de 1977. Art. 57.
12. L. 50. *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*. R.O. 349 del 31 de diciembre de 1993, con reformas Artículo innumerado que se añade después del Art. 28 de la Ley de Modernización: Art. 12, DL-2001-1. R.O. 144, de 18 de agosto de 2000.
13. DE 1634. *Expídese el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. R.O. 411, de 31 de marzo de 1994, con reformas esta disposición se considera una ley delegada, aunque hay autores ecuatorianos que consideran que el Estatuto tiene sustento constitucional en el Art. 171, 9. de la Ley Suprema.
14. Legge 7 agosto 1990, n. 241. *Procedimento Amministrativo e Diritto di Accesso ai Documenti*. Texto de la ley tomado del libro de comentarios: Vittorio Italia y Mario Bassani (Coordinadores). Giuffrè Editore. Milán, 1991.
15. Boletín Oficial del Estado de 27 de noviembre de 1992, con corrección de errores en los boletines de 28 de diciembre y 27 de enero de 1993. Texto de la ley tomado de Juan Alfonso Santamaría Pastor (Editor). *Derecho Administrativo. Normas básicas*. McGraw-Hill. Madrid. 1995.
16. Ley 19.549. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, con reformas introducidas por la Ley 21.686 (1977).



## NOTAS

17. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario de 1° de julio de 1981: Art. 7°. *Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública*. No sé si se encuentra vigente la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, de 1978, de Costa Rica, que clasifica los actos administrativos en sus Arts 120 y 121, pero no los define.
18. Art. 80 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
19. *Ley de Control Constitucional*. R.O. 99, 2 de julio de 1997. Art. 24.
20. Canasí. *Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1981. Vol. I. p. 265.
21. Laubadère, Andree; Jean-Claude Venezia e Yves Guadement. LGDJ. París, 1992. T. 1, P. 511.
22. Gordillo. Ob. cit. p. IV-30.
23. Art. que se añade después del Art. 28 de la Ley de Modernización: *La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva*.
24. Dromi. *El Acto Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997. p. 15.
25. Art. 64 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
26. Cassagne, Juan Carlos. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, 1978. p. 107-108. En la sexta edición actualizada de su obra sobre Derecho Administrativo CASSAGNE define el acto administrativo como *toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto*. Derecho Administrativo. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000. Tomo II, p. 47. Ver, en igual sentido Julio R. Comadira, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 25. Propone respecto de terceros en vez de *con relación a los administrados destinatarios del acto*, que tiene el mérito de simplificar la oración. En cambio, produce el efecto contrario su propuesta de referirse a *un órgano estatal, o un ente público no estatal*, en vez de *un órgano estatal*, que parece mejor, de Cassagne.
27. Dromi. Ob. cit. p. 23.
28. Escola, Jorge Hector. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. I. p. 492.
29. Tinajero Villamar, Francisco. *Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos*. Art. 8.- *Son actos administrativos las declaraciones unilaterales de voluntad de los órganos públicos, en ejercicio de funciones administrativas, declaraciones mediante las cuales persiguen el cumplimiento de sus finalidades públicas y que crean vínculos jurídicos con los administrados o con otros órganos del poder público*.
30. Art. 80 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
31. Art. 24 de la *Ley de Control Constitucional*.
32. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. 2ª Sala. Juicio N° 1443: Flores Consejo Provincial del Guayas. Sentencia N° 49-85: 28-V-85. En: Larrea Holguín, Juan y Efraín Pérez. Repertorio de Jurisprudencia. 1984-85. T. XXIX. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1989. p. 2. Se puede considerar redundante la referencia al *ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley*, porque precisamente por eso resulta competente un órgano o autoridad.
33. Para abarcar también los actos de mero reconocimiento de un status existente o de certificación, se podría decir: *que crea, reconoce, modifica o extingue*, o simplemente *que produce efectos*.
34. Díez, Manuel M. *Derecho Administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1976. T. II, p. 208.
35. Morales Tobar, Marco. "El Acto Administrativo." En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*. Konrad Adenauer Stiftung-Tribunal Constitucional. Quito, 1999. p. 101.
36. Gordillo. Ob. cit. p. 2.
37. R. 199-2000-TP. Caso 181-2000-RA (Generales Paco Moncayo Gallegos y René Yandún Pozo contra resolución del Congreso Nacional). Gaceta Constitucional. Junio del 2001. N° 2. La Acción de Amparo Constitucional. Resoluciones 2000. Quito, 2001. p. 50.

## NOTAS

38. R. 150-2000-TP. Suplemento R.O. 149, 25 de agosto de 2000.
39. R. N° 179-97-AA. Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional. Junio 97- Julio 98. p. 209.
40. Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. La Ley. Buenos Aires, 1980. Tomo II, p. 18 (quizá porque conceptúa el acto administrativo como *decisión, general o especial ...*, es decir incluyendo los actos normativos administrativos entre los actos administrativos); José Canasi. Ob. cit. Vol. II, p. 101 (en el mismo sentido de Bielsa, este autor califica su *concepción amplia del acto administrativo* como abarcando *los actos unilaterales de la administración pública, como también los bilaterales o contractuales y también los generales o reglamentarios*); Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988. T. II, p. 260 (Su definición comprende *los actos administrativos individuales ('decisiones'), generales ('disposiciones'), expresos y tácitos, unilaterales y bilaterales*). Nótese, como se acaba de manifestar, que estos autores representan por lo menos una generación anterior a la de Cassagne, Dromi y Gordillo, por lo que se puede afirmar que el enfoque del acto administrativo en el Derecho Público argentino ha evolucionado hacia un concepto más restringido, que exceptúa los actos normativos y los contratos; lo que ha influido indudablemente en la legislación y la doctrina ecuatoriana.
41. Marienhoff. Ob. cit. T. III-A, p. 39. Desde una posición igualmente tradicional, FIORINI, en su monografía sobre este tema, dice que *el Derecho Administrativo distingue el acto administrativo unilateral y el acto administrativo bilateral y pluralateral*. En su particular concepción, *el acto administrativo general crea la norma en forma genérica, ... Los actos administrativos generales de autorizaciones de permisos, de inscripciones en los servicios públicos, de registración habilitante, etcétera, establecen una regla administrativa general abstracta. El acto de inscripción, de autorización, de registro, de habilitación, etcétera, se aplica en forma concreta a un sujeto o a una situación jurídica individualizada. El acto administrativo que aparece tan general crea un efecto normativo de grado particular que corresponde a un individuo o situación concreta particularizada*. Bartolomé Fiorini. *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976. p. 28.
42. Gordillo. Ob. cit. T. 3. p. II-27.
43. Zanobini atribuye a Ranelletti el enfoque del *reglamento como acto administrativo general*. Guido Zanobini. *Corso di Diritto Amministrativo*. Giufrè Editore. Milán, 1958. Vol. primero, pie de página (8), p. 244.
44. Vedel, Georges y Pierre Devolvé. *Droit Administratif*. PUF. París, 1992. Tomo 1, p. 244 y 245. LAUBADÈRE manifiesta que se siente obligado *de tener en cuenta la coexistencia de muchas nociones de acto administrativo, cada una dotada de su propio interés debido a las distinciones y clasificaciones a las que cada una de ellas conduce*. Ob. cit.
45. Rivero, Jean y Jean Waline. *Droit Administratif*. Dalloz. París, 1992. p. 84.
46. Laubadère; Venezia y Gaudenen. Ob. cit. T. 1. p. 520.
47. García de Enterría: *... la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*. Los calificativos de la declaración, como *de voluntad, de juicio, etc.* manifiesta García de Enterría que la hace sobre una formulación ya clásica de Zanobini. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (10ª edición). Civitas. Madrid, 2000. Tomo I. p. 540. A su vez, Zanobini atribuye la frase a Ranelletti, aunque *aceptando sustancialmente esta última definición, creemos oportuna una leve modificación*. Ob. cit. p. 243. Pero, como estima González, *el término declaración es suficiente para indicar por sí solo ese conjunto de expresiones intelectuales* (de voluntad, de juicio, de conocimiento, o de derecho). González Pérez y González Navarro. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Civitas. Madrid, 1993. p. 683. Similarmente, García-Trevijano Fos define el acto administrativo como *declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho Público, bien tendiente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa*. José Antonio García-Trevijano Fos. *Los Actos Administrativos*. Civitas. Madrid, 1991. p. 96-97.

**NOTAS**

48. Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid, 1994. Volumen I, p. 414. En igual sentido Rafael Entrena Cuesta. *Curso de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid, 1989. Volumen I/1. p. 205.
49. García-Trevijano Fos. Ob. cit. p. 27, 29 y 26.
50. Cf. Giannini, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán, 1993. Volumen segundo. p. 236; Aldo Sandulli. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Jovene Editore. Nápoles, 1989. Vol. primero. p. 611.
51. Art. 70.
52. Idrovo Arciniega, Marco. *La Contratación Pública*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, 1993. p. 56; Nicolás Granja Galindo. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 1997. p. 283: *siguiendo (a) ... Dromi ... la definición (de) Gordillo*, pero utiliza la frase *efectos jurídicos subjetivos*; mas Jaramillo Ordoñez, Hernán. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Loja, 1999. p. 190, con un amplio criterio tradicional considera el acto administrativo como *una declaración de la voluntad administrativa destinada a producir consecuencias jurídicas públicas o privadas, generales o individuales, directas o indirectas, definitivas o provisionales, lícitas o ilícitas*. En mi libro *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y la Constitución*. Ediciones Estade. Quito, 2000, p. 44, me remito a la definición de Gordillo, pero hoy día introduciría el elemento de declaratoria de un órgano competente que afecta el status jurídico individual de una persona.
53. Morales. Ob. cit. p. 101. Define el acto administrativo como: *...una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente, que versa sobre asuntos de la administración pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular o general*, en p. 99-100.
54. Espinoza S., Arsenio. *Curso de Derecho Administrativo*. 2º año de Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil. Guayaquil, 1932. p. 74, según los apuntes de clase de Carlos E. Camacho Navarro. En este capítulo sobre el acto administrativo el profesor recomienda la consulta del autor José Ma. Fábregas del Pilar.
55. Jaramillo Alvarado, Pío. *Derecho Público Interno*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1953. p. 273.
56. Córdova Guerrón, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Poligrafiados PUCE. Quito, 1965. Lección 10, p. 11, pero cita además a otros autores además de Royo Villanova.
57. Borja y Borja, Ramiro. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1984.
58. Ver, por ejemplo: 219-99. Damerval (Villao)-Municipio de Salinas. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. R.O. 219, 5 de octubre de 1999: *Esta resolución del extinto Tribunal con jurisdicción nacional, tiene el valor de norma dirimente autorizada por la Constitución Política cuya vigencia se mantiene con carácter obligatorio hasta que el legislador no disponga lo contrario*. p. 23; y, 09-2000. Almeida-Junta de Defensa Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. R.O. 49, 3 de abril de 2000. p. 18.
59. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. *Disposiciones para la calificación de los recursos objetivo o de anulación y subjetivo o de plena jurisdicción, en controversias planteadas para impugnar actos administrativos de carácter general*. R.O. 722, 9 de julio de 1991.
60. Art. 3.
61. R. 084-2001-TP. Caso 042-2000-TC. Suplemento R.O. 349, 18 de junio de 2001, p. 24.
62. Caso 1021-99-AA. Suplemento R.O. 29, 2 de marzo de 2000. p. 2-3.
63. Art. 24 de la Ley de Control Constitucional.
64. R. N° 013-AA-99-I.S. Caso N° 701-98-AA. En: *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional*. Enero-Diciembre 1999. Quito, s/f. p. 193.

# Hace falta una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial

Santiago Andrade Ubidia

## SUMARIO:

Este artículo se propone desarrollar los siguientes temas:

- I.- La crisis judicial
- II.- Los factores internos
- III.- Los factores externos
- IV.- La toma de conciencia del problema
- V.- Las reformas constitucionales a la organización de la justicia en el país.
- VI.- Relación sumaria del contenido del proyecto de Ley Orgánica elaborado por la Corte Suprema de Justicia y presentado al Congreso Nacional
- VII.- Relación sumaria del contenido del proyecto de Ley Orgánica elaborado por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional
- VIII.-Conclusiones

## I. LA CRISIS JUDICIAL

Un tema recurrente es el relativo a la crisis de la administración de justicia en Ecuador. Se acepta como verdad inconcusa que la justicia es ineficiente por lenta y corrupta, y que por ello la ciudadanía no tiene fe en su accionar y busca soluciones para-judiciales a sus controversias.

Es verdad que la administración de justicia se debate en una honda crisis, que lleva ya muchos años de duración, y que no se vislumbra una salida inmediata porque la problemática es compleja y su solución requiere de medidas integrales.

En efecto, hay un elevado número de factores internos y externos a la Función Judicial que se suman y que contribuyen a que no se avise una salida inmediata de este laberinto en el cual se halla perdida la justicia.

Entre los factores internos de esta situación se cuentan, sin agotarlos, la falta de una adecuada formación de los servidores judiciales, la ausencia de políticas de promoción, el sentimiento de inestabilidad e inseguridad permanente; entre los factores externos pueden citarse, sin ser todos, los siguientes: un tradicional irrespeto y minimización de la importancia de la misión del juez en la sociedad y una cultura de litigio que caracteriza la actuación de los actores del proceso; la insuficiencia de recursos económicos y materiales de que dispone la Función Judicial, la obsolescencia e inadecuación de los cuerpos legales.

Quiero referirme brevemente a estos factores, porque con frecuencia se enfoca el tema parcialmente, lo cual determina que hasta el momento no se hayan encontrado soluciones efectivas aunque mucho se ha hablado y algo se ha hecho al respecto.

## II. LOS FACTORES INTERNOS

Respecto de los factores internos, se han señalado: la falta de una adecuada formación de los servidores judiciales, la ausencia de políticas de promoción, el sentimiento de inestabilidad e inseguridad permanente. Se tratarán en este orden:

1. Es un secreto a voces que el nivel de las facultades de Jurisprudencia, Derecho y Ciencias Jurídicas es muy dispar; en efecto, si bien algunas brindan una enseñanza aceptable, otras —tal vez la mayoría— tienen un nivel muy bajo. La multiplicación de facultades, las modalidades facilitadoras (estudios a distancia, equiparación de experiencias laborales con cursos académicos, etc.), la politización de unas y la mercantilización de otras son factores que han determinado que el nivel de formación de los abogados, en algunos casos, sea deficiente.<sup>1</sup> Es muy decidora la siguiente observación: *Curiosamente, las quejas en contra de la administración de justicia provenientes de todos los sectores de la opinión pública, no se han extendido a la preparación profesional de los abogados y jueces, como si el problema residiera solamente en las personas, o peor aún, en el órgano público en el que se haya originado su nombramiento.*<sup>2</sup>

El pensador argentino Daniel Herrendorf dice algo que viene como anillo al dedo al caso ecuatoriano: *Los jueces latinoamericanos están formados, mayoritariamente, en un normativismo férreo. No sólo las universidades promueven generalmente esa tendencia por ser la que encontró mayor acogimiento: también hay abultada doctrina y muchísima jurisprudencia que alientan y aplauden las soluciones normativistas que ponen a la ley por encima de la justicia y a las conductas por debajo de las sentencias. El juez, lo repetimos, se contenta con aplicar bien una norma. Inequitas lex, sed lex podría ser el adagio que acompañe a los jueces en su tarea.*<sup>3</sup>

Es un axioma que los profesionales mejor formados son los que consiguen los puestos de trabajo más cotizados,

pero en la Función Judicial las remuneraciones y las condiciones de trabajo no son óptimas. No existe una información oficial de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura acerca de los resultados de los concursos de merecimientos y oposición para el ingreso a la carrera judicial, en lo que se refiere a los niveles de conocimientos, pero es un secreto a voces que no son de lo mejor.

Mientras no se mejore sustancialmente la calidad de la enseñanza legal, no podrá el país aspirar a que haya una mejoría apreciable del quehacer jurídico y, por tanto, de la administración de justicia. Ha de reconocerse que existe una preocupación general sobre el tema, y que se ha generado un robusto movimiento para remediar la situación. Varias publicaciones que contienen información sobre las acciones en este sentido han circulado últimamente.<sup>4</sup> Además, en centros universitarios serios se están ofreciendo cursos de postgrado que sin duda contribuyen a mejorar el nivel profesional de los abogados.<sup>5</sup>

2. La Función Judicial aún no ofrece cursos de capacitación al ingresar al servicio, ni de educación continua o de preparación para el ascenso. Dentro del plan estratégico integral 1999 – 2004 de reforma del sistema de justicia se contempla la *creación del Instituto de Orientación Vocacional y de la Academia de Jueces por parte del Consejo de la Judicatura*,<sup>6</sup> y se está desarrollando el *diseño de un sistema de capacitación judicial permanente y descentralizado*.<sup>7</sup> Es de confiar que no significará la creación de un órgano burocrático más, ya que no ha sido alentador el resultado en otras entidades del sector público de las unidades internas de capacitación, y se ha visto que es preferible tercerizar con instituciones que se dedican profesionalmente, como su actividad principal, a la docencia.

Tampoco existen políticas de promoción del elemento humano. Aunque la Constitución Política de la República establece la carrera judicial, ésta no se halla en vigencia. Es necesario establecer un escalafón con categorías bien definidas y niveles dentro de cada una de ellas, a fin de que el servidor judicial pueda ascender de acuerdo a sus merecimientos; pero para establecer los merecimientos es necesario realizar evaluaciones periódicas, objetivas y serias; debe existir una capacitación inicial, otra permanente de actualización en el puesto, y otra de preparación para el ascenso; igualmente, hay que establecer incentivos para el mejoramiento, reconocer no solamente la excelencia en el desempeño de las labores en el puesto de trabajo, sino también en la ejecución de tareas socialmente relevantes: servicios a la comunidad, publicaciones, etc. Es muy difícil esperar un rendimiento óptimo en el puesto de trabajo, si no se motiva al servidor y no se le da la oportunidad de que esté al día en sus conocimientos y en el desarrollo de sus destrezas y habilidades. Deben tipificarse en la ley las faltas disciplinarias, con claridad y precisión, establecerse las sanciones con criterios proporcionados, instaurarse mecanismos de juzgamiento objetivos, respetando el debido proceso y el derecho a la defensa.

Por tanto, es necesario impulsar que se establezca un sistema de carrera judicial efectivo, con requisitos claros para el ingreso, mantenimiento en el puesto, ascen-

so y separación, con programas permanentes de capacitación, con evaluación objetiva y con clara determinación del régimen disciplinario.

3. Al servidor judicial le acompaña permanentemente el sentimiento de inestabilidad e inseguridad. El distinguido jurista y profesor universitario Edmundo Durán Díaz, en 1988 ya advirtió el problema que afronta en este campo la Función Judicial.<sup>8</sup> En efecto, los jueces y magistrados carecen de estabilidad en el puesto de trabajo; en este nivel los únicos que gozan de estabilidad son los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el carácter supuestamente *vitalicio* de sus funciones ha despertado ira y rencor de mucha gente, lo que se manifiesta en los intentos permanentes para reorganizar el Tribunal y cesar a los magistrados en sus funciones. A nivel de los servidores judiciales subalternos: secretarios, oficiales mayores, ayudantes, auxiliares y amanuenses, ellos tienen asegurada la estabilidad en sus puestos de trabajo y la necesidad de contar con un empleo fijo ha llevado a que muchos abogados que desempeñan esas funciones subalternas, con varios años de servicio en la Función Judicial, no aspiren a ser jueces, lo cual realmente es frustrante para estas personas que se condenan a la mediocridad, lo que les lleva al conformismo y a adoptar actitudes negativas.

Junto a la inestabilidad hay la inseguridad. En efecto, la independencia externa e interna del juez con frecuencia se ve atentada por presiones de los grupos de poder: no solamente los políticos lo hacen, también lo practican los abogados influyentes, las cámaras de la producción, los sindicatos y los grupos sociales, los medios de comunicación, las autoridades del gobierno nacional y seccional. Con demasiada frecuencia quien quiere alcanzar una resolución que favorezca a sus intereses, busca la manera de torcer la voluntad del juez, sea con amenazas, seducciones o halagos; y cuando no ha alcanzado lo que quería, inmediatamente le acusa de prevaricador o corrupto. Las quejas administrativas y las acusaciones penales de prevaricato se utilizan como instrumentos de presión o de retaliación, y el juez siempre se halla bajo sospecha; por desgracia, la opinión pública que se regodea con el escándalo, presume la culpabilidad del juez, y sin necesidad de un proceso ni de permitirle el derecho a la defensa, anticipadamente le condena.

Esta situación realmente no es la más propicia para alentar el desarrollo de una actitud incondicionalmente comprometida con la causa de la justicia; el servidor judicial está siempre a la defensiva, temiendo que en cualquier momento sea separado del cargo, acusado públicamente de deshonesto e inclusive encausado civil y penalmente.

Si a lo anterior se suma el que percibe remuneraciones insuficientes, que no se hallan en proporción con sus responsabilidades y el papel que le toca cumplir en la sociedad, sin un adecuado sistema de jubilación para el caso de que logre llegar a ella, se comprende que resulta difícil alcanzar que colabore positivamente para que se produzca un cambio radical en la gestión judicial. Por lo tanto, hay que garantizar al servidor judicial la estabilidad en el puesto de trabajo mientras cumpla con sus deberes, asegurándole su independencia interna y

externa, liberándole de presiones de los grupos de poder, respetando su dignidad humana y presumiendo su inocencia y buena fe mientras no se demuestre lo contrario, reconociéndole una remuneración proporcionada a su trabajo y el derecho a percibir una jubilación decente cuando ya no esté en condiciones de seguir brindando su aporte a la administración de justicia.

### III. LOS FACTORES EXTERNOS

Se han señalado entre los factores externos, los siguientes: un tradicional irrespeto y minimización de la importancia de la misión del juez en la sociedad y una cultura de litigio que caracteriza la actuación de los actores del proceso; la insuficiencia de recursos económicos y materiales de que dispone la Función Judicial, la obsolescencia e inadecuación de los cuerpos legales. Se tratará en el orden señalado.

1. Son palabras del pensador argentino Daniel E. Herrendorf:<sup>9</sup> *La tradición judicial en los países latinoamericanos pone a los jueces en situación de estar por debajo de la dignidad de la que debería gozar esta función. Los jueces de la tradición del Common Law están ubicados a la altura de un prestigio inmejorable; la judicatura es parte de una carrera compleja, llena de ardores. Acaso las discontinuidades gubernamentales, la menesterosidad universitaria, la inconciencia política, o todo eso junto, han ubicado al juez latinoamericano en situación de tener que dar explicaciones a la justicia. El cargo de juez tiene todavía algún prestigio, pero la sociedad política está encargándose de liquidarlo. El cargo se otorga con criterios políticos, y los jueces no tienen ninguna dificultad de ejercer ese cargo porque toda la administración de justicia, cuyos criterios no son complejos, se mueve sola. El juez no parece ser ya un magistrado —en sentido etimológico— dispuesto a resolver los entuertos que la sociedad lleva a sus estrados. Es más bien un funcionario burocrático, triturado por expedientes, mal pagado, con más ganas de sacarse de encima las causas pendientes que revolucionar la jurisprudencia con sentencias históricas.* Esta es la realidad del juez ecuatoriano, blanco de los ataques de quienes se sienten perjudicados por sus resoluciones, víctima del tráfico de influencias, soportando permanentemente la presión de quienes detentan el poder o pretenden alcanzarlo, instrumento de la lucha política como resultado de la *judicialización de la política*, huérfano de todo respaldo social y económicamente vulnerable porque recibiendo remuneraciones magras está expuesto a la provocación de los corruptores que construyen su camino para el éxito con el soborno y el chantaje.

En el N° 3 del punto II se ha hecho referencia al sentimiento de inestabilidad e inseguridad que acompaña siempre al juez. Luis Hidalgo López<sup>10</sup> habla del *síndrome del juzgador* y lo explica de la siguiente manera: *La administración de justicia tiene como finalidad general dar a cada uno lo suyo, con el propósito definido de precaver la paz social, en la interrelación recíproca de derechos y obligaciones, individuales o colectivos, que se generan y desarrollan dentro de la actividad cotidiana de los miembros de una sociedad...*

*En los elementos constitutivos de dar a cada uno lo suyo, al reconocer derechos a uno de los litigantes, quita algo al otro litigante afectando su patrimonio real o potencial, imponiéndole obligaciones de pagar o desconociendo sus peticiones de cobrar; afectando su derecho a la libertad con sentencias condenatorias o declarando la inocencia del sindicado afectando al presuntamente ofendido. En la administración de justicia es jurídicamente imposible partir por mitades una realidad jurídica para contentar a los dos contendientes: siempre alguien pierde algo en beneficio de otro.*

*Los juzgadores están conscientes de esta realidad física o práctica y han llegado a convencerse de que «los perdedores de juicios, porque no tuvieron razón en sus reclamo» son sus enemigos natos; son quienes interponen recursos, incluido de casación; son los actores de las quejas por mal desempeño presentadas a los estamentos superiores que pueden afectar la estabilidad del juzgador; son en fin, en forma personal o por influjo, capaces de convertirse en autoridades nominadoras de los juzgadores con oportunidad de los periodos del ejercicio de su cargo o por las frecuentes reorganizaciones de la Función Judicial.*

*Es humano en consecuencia buscar protección contra los perdedores de juicios. La mejor protección es sostener la imparcialidad y profundidad jurídica del criterio juzgador, y vivir con la conciencia tranquila. Sin embargo no son pocos los juzgadores que buscan protección mediante la vinculación partidista para que sean los políticos quienes les protejan de las quejas o los reelijan en su función, sea directamente afiliándose a un partido político, sea indirectamente haciendo los favores solicitados por los estamentos políticos. En este contexto no llama la atención la declaración de un ex Magistrado de la Corte Suprema que declaró con franqueza: «Estaré aquí hasta cuando lo quiera el Director del Partido...»*

*Los políticos por su parte requieren de los favores de los juzgadores que buscan su protección, para castigar a sus detractores o para proteger a sus servidores.*

*Los dos intereses se juntan: los unos en búsqueda de protección; los otros para sancionar a los malcriados o proteger a sus socios. Del mutuo interés ha nacido el fenómeno conocido como «la politización de la justicia».*

*Del fenómeno ha derivado la práctica de visitar a los juzgadores vinculados con la política, con oportunidad de los litigios que se inician o se planifican iniciar —actor— o de la defensa que se interpone —demandado—, para hacerles conocer delicadamente el interés político de que la acción o la excepción culminen favorablemente, de que se castigue o libere, de que se apure o paralice el juicio, de que se resuelva con fórmulas neutras, etc. La información delicada debe ir complementada con pruebas, generalmente un mensaje indiscutible, una llamada telefónica, o una entrevista personal, que convenza al juzgador de la realidad del delicado pedido, del mutuo interés de atender el mensaje, y de la implícita amenaza de que se atenga a las consecuencias si no procede en consecuencia.*

Si no se revaloriza socialmente la misión del juez, si no se hace conciencia de que *el juez representa al Estado... expresa la voluntad de la ley y representa la soberanía de la Nación*,<sup>11</sup> jamás estaremos en capacidad de valorar la bondad de la administración de justicia, porque nadie aprecia lo que es objeto de su desprecio.

2. El manipuleo de los procesos y la mala práctica de la abogacía no es novedad ni es vicio exclusivamente ecuatoriano. Como señala De la Rúa,<sup>12</sup> *...tema frecuente de la literatura, la abogacía, como los rostros de Jano, encierra la virtud y la crítica, por lo que no es casual que Ángel Osorio haya empezado El alma de la Toga escribiendo en el primer renglón estas palabras: «Urge reivindicar el concepto de abogado». Ese perfil crítico hacia la profesión se debió, en gran medida, a una visión vulgar del proceso como una práctica deportiva en que triunfaba la astucia, en que el afán por vencer llegaba a desplazar a la virtud, y en que las gentes no acababan de comprender cómo podía luchar por la verdad y la justicia quien necesariamente debía ser parcial.*

La formación legalista y litigante de los abogados determina que en lugar de facilitar dificulten que los procesos puedan desenvolverse de una manera rápida, transparente y eficaz. Se ha generado una *cultura* de la incidentación que complota fatalmente contra la adecuada marcha del quehacer judicial.

Es necesario impulsar un cambio cultural, a fin de que los litigantes no busquen en el abogado el ejecutor de su venganza privada, y que el abogado no crea que su papel es ser el ejecutor de infamias al servicio de su cliente, que tome conciencia de que es un auxiliar de la justicia, que legítimamente patrocina las causas de sus defendidos, cumpliendo con su deber de parcialidad pero no para *burlarla, falseando los hechos, procurando pruebas falsas, entorpeciendo el procedimiento, usando armas desleales* ya que si así procede, *actúa contra las reglas básicas de su misión*,<sup>13</sup> que haga conciencia de que el abogado no puede *trabajar a sabiendas para que se desvíe el curso de la actividad jurisdiccional y se frustre la confianza colectiva que siempre deben infundir las decisiones de los jueces*.<sup>14</sup>

En definitiva, debe respetarse estrictamente el principio de la buena fe y la lealtad procesal.

3. La Función Judicial siempre ha sido la cenicienta de las funciones del Estado. Carece de los recursos económicos y de los bienes materiales indispensables para un decoroso ejercicio de su ministerio. Los locales son obsoletos, nada funcionales e inseguros; los muebles están destartados por el intenso trajín; faltan los equipos básicos y los útiles de escritorio. Cuando hay una audiencia de juzgamiento en un proceso penal, realmente es una temeridad, y creo que un alarde de irresponsabilidad, que por la misma puerta deban entrar y salir los sindicatos, las víctimas, los familiares y amigos de unos y otros así como los jueces y más servidores judiciales; igual cosa ha de decirse respecto de lo que ocurre en otras actuaciones no solamente en los procesos penales sino también en los demás; por ello es que con frecuencia hay riñas y escándalos, no siendo raro que el juez termine víctima de los faltamientos de palabra y de obra, con grave escarnio al decoro de la judicatura.

Las asignaciones presupuestarias de la Función Judicial en Ecuador siempre han sido reducidas. En el período 1980-1991, el porcentaje de su participación en el presupuesto del Estado fue el siguiente:<sup>15</sup>

AÑO	PORCENTAJE
1980	0.68
1981	0.60
1982	0.60
1983	0.59
1984	0.73
1985	0.80
1986	0.72
1987	0.71
1988	0.70
1989	0.71
1990	0.69
1991	0.76

Coyunturalmente, este porcentaje se elevó al 2.5 por ciento en los años 1994, 1995 y 1996, en virtud de lo que dispuso la disposición transitoria vigésima segunda de las reformas de 1992 a la Constitución Política del Estado,<sup>16</sup> pero desde 1997 volvió a caer al promedio histórico en torno al 0.70 por ciento.

En el siguiente cuadro se aprecia lo que ocurrió en el año 1999 y su comparación con los restantes países de la Comunidad Andina:

#### Gasto en justicia como porcentaje del presupuesto del Estado:<sup>17</sup>

País	Porcentaje del presupuesto
Bolivia	3,00
Colombia	4,62
Ecuador	0,74
Perú	1,43
Venezuela	2,39

Nótese que la participación peruana en su presupuesto fue el doble de la ecuatoriana; la venezolana el triple; la boliviana el cuádruplo; y la colombiana más del séxtuplo.

Pero el dato del porcentaje de participación en el presupuesto puede no decir mucho, si es que no se ven las cifras de los montos asignados:

#### Presupuestos de los sistemas judiciales en la región andina - 2000:<sup>18</sup>

País	Monto asignado (en US\$ dólares americanos)
Bolivia	64.166.666
Colombia	347.631.979
Ecuador	20.949.272
Perú	132.319.506
Venezuela	653.059.868

Lo que se asignó a la Función Judicial ecuatoriana en el año 2000 fue menos de un tercio (1/3) de lo que se asignó al Poder Judicial en Bolivia, que es el siguiente país en la escala; en relación con Perú la asignación fue de un sexto (1/6); respecto de Colombia la asignación ecuatoriana fue de un diecisieteavo (1/17); respecto de Venezuela fue de uno treintadosavo (1/32).

Con relación a cada habitante, los indicadores de las asignaciones presupuestarias en la Comunidad Andina colocan a Ecuador también en el último lugar, con una distancia abismal respecto de los otros países:

#### Indicador de presupuesto judicial per cápita de los sistemas judiciales en la región andina - 2000:<sup>19</sup>

País	Monto (en US\$ americanos)	POBLACIÓN (en miles)	INDICADOR
Bolivia	64.166.666	7.773	8.3
Colombia	347.631.979	37.065	9.4
Ecuador	20.949.272	11.973	1.8
Perú	132.319.506	24.371	5.4
Venezuela	653.059.868	22.777	28.7

Algo interesante de anotar es el número total de despachos judiciales y de jueces en los países de la Comunidad Andina; en los siguientes cuadros se va a apreciar que no obstante la enorme distancia en asignaciones presupuestarias, Ecuador no tiene una distancia tan grande con los otros países, salvo con respecto a Colombia:

#### Número de magistrados:<sup>20</sup>

País	Magistrados
Bolivia	658
Colombia	3704
Ecuador	851
Perú	1642
Venezuela	1130

#### Número de dependencias judiciales:<sup>21</sup>

País	Despachos
Bolivia	548
Colombia	3266
Ecuador	596
Perú	1120
Venezuela	1270

La explicación a esta asimetría es que en Ecuador se paga muy mal a los magistrados y jueces, porque hay que hacer alcanzar las magras asignaciones para atender las necesidades judiciales.

Obviamente que este maltrato económico determina la baja del rendimiento en cuanto al número y la calidad del despacho, el incremento de los conflictos laborales con las cada vez más frecuentes paralizaciones en la atención a los usuarios, los extendidos casos de corrupción mediante la aceptación y hasta la exigencia de gratificaciones, propinas, derechos y otras formas de coimas, y la deserción de los servidores judiciales más capacitados, honestos y trabajadores que, insatisfechos por las pésimas condiciones la-

borales y no dispuestos a adaptarse al sistema, prefieren buscar otras plazas de trabajo, con lo cual la Función Judicial pierde el concurso de sus mejores elementos.

El problema se agrava más por la inadecuada distribución de las judicaturas. En efecto, hay cantones en donde éstas reciben un número ínfimo de causas al año, en algunos casos de apenas 30 o 50, mientras en los centros urbanos mayores —particularmente Quito y Guayaquil— el ingreso anual de causas a cada juzgado es por centenares y aún millares, lo que unido a las complicaciones del sistema escrito y a las malas prácticas profesionales que buscan dilatar el proceso al máximo posible, hace que en estos lugares los juicios se demoren por muchos años, provocando el reclamo de los justiciables.

Por lo tanto, es necesario que se incremente significativamente la asignación de recursos a la Función Judicial, a fin de que pueda atender sus necesidades materiales y remunerar adecuadamente a los jueces y más servidores judiciales, estableciendo sistemas de estímulo para los mejores trabajadores, pero al mismo tiempo exigir que esos recursos sean bien administrados, que no haya despilfarro, que se reorganice la distribución territorial de las judicaturas y la competencia para conocer de las causas, a fin de que se optimice el aprovechamiento del recurso humano.

4. El marco jurídico es anacrónico, disperso, insuficiente, oscuro, incoherente, complicado, descoordinado; las leyes procesales establecen un proceso escrito, lento, cargado de innecesarios ritualismos, dilatado, incidental, despersonalizado, ya que no hay ningún contacto entre las partes y el juez, que se presta para que se provoque toda clase de incidentes y dilaciones. Apenas se ha iniciado el cambio con el nuevo Código de Procedimiento Penal que, por modificar profundamente lo estatuido, ha provocado un cúmulo de críticas, muchas de ellas sin fundamento<sup>22</sup> y hasta mal intencionadas.

Es imperativo que continúe la reforma del ordenamiento legal, que se dicte un nuevo Código de Procedimiento Civil, en el que se establezca el proceso oral, pero también hay que revisar las leyes sustantivas, a fin de adecuarlas a las necesidades de la sociedad ecuatoriana en el siglo XXI.

Entre las leyes que deben reformarse o sustituirse se encuentra la que rige a los órganos de la Función Judicial, porque las actualmente vigentes no se ajustan ni a la Constitución Política de la República, ni a la realidad ecuatoriana, ni a los progresos de la ciencia jurídica.

#### IV. LA TOMA DE CONCIENCIA DEL PROBLEMA

A partir de 1991, en que se entregó el informe final del análisis legal y administrativo que contenía la evaluación del sector justicia de Ecuador, se inició el debate público respecto de la crisis judicial, que hasta ese año se la había sistemáticamente ignorado. Cuando una persona o un cuerpo social reconoce que existe el problema, se ha avanzado la mitad del camino; hoy es necesario recorrer la otra mitad, realizando los cambios legales y culturales necesarios para corregir los errores y así poder avanzar en la construcción de un país más justo y democrático.

En Ecuador actualmente hay una clara conciencia de que es imperativo modernizar la administración de justicia a fin de que se superen los vicios que la han conducido a su



evidente postración y que el sistema judicial realmente sea un medio para la realización de la justicia, conforme la disposición mandataria contenida en el artículo 192 de la Constitución Política de la República, y no como ocurre hoy en día en que es un instrumento al servicio de las estructuras de poder y el mantenimiento de inaceptables privilegios.

## V. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES A LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL PAÍS

Dentro de la necesaria reforma legal, tiene prioridad la de las leyes que regulan la organización y el funcionamiento de los órganos judiciales. Las reformas de 1992 a la Constitución Política de la República ya previeron la necesidad de que se introduzcan cambios en la Ley Orgánica de la Función Judicial.<sup>23</sup> Las disposiciones transitorias vigésima sexta y vigésima séptima de la vigente Constitución Política reformada y codificada en 1998, dan por sentado que deben realizarse reformas a fondo de la legislación orgánica de la Función Judicial e inclusive encargó al Consejo Nacional de la Judicatura para que presente al Congreso Nacional un proyecto de Ley Orgánica de Unidad Jurisdiccional, lo que ya se ha hecho.

No se ha ponderado suficientemente la profundidad de la reforma constitucional de 1992 en lo que tiene que ver con la administración de justicia,<sup>24</sup> pero más exacto es afirmar que entre 1992 y 1998 Ecuador vivió un período trascendental, nunca visto antes, de reforma del marco constitucional de la Función Judicial (o Poder, con mayor propiedad),<sup>25</sup> período que necesariamente deberá prolongarse con las necesarias reformas legales que permitan que se ponga en vigencia el nuevo marco constitucional que, por cierto, es muy completo y de los más avanzados en Latinoamérica.

El resultado de este proceso de reformas constitucionales, que han sentado bases reales para una verdadera modernización del sistema judicial ecuatoriano, es que se ha incorporado a la Carta Fundamental una serie de principios que deben ser desarrollados en una ley orgánica. Se enumerarán estos principios que necesariamente servirán de bases para la nueva organización de la administración de justicia.

1. La supremacía de la Constitución Política sobre cualquier otra norma legal: artículo 272;
2. La aplicación obligatoria de las normas de la Constitución, norma mandataria constante en el artículo 273, y la aplicación inmediata y directa de los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, que dispone el artículo 18, así como el deber de los jueces de todo nivel de realizar el control difuso de la constitucionalidad consignado en el artículo 274;
3. El derecho a la seguridad jurídica constante en el artículo 23 N° 26, al debido proceso y a una justicia sin dilaciones que obran del artículo 23 N° 27, así como las garantías del debido proceso detalladas en el artículo 24;
4. El principio de la responsabilidad de todo dignatario, autoridad, funcionario y servidor público, previsto en el artículo 120; la triple responsabilidad: civil, penal y administrativa contempladas en el artículo 121; y el mandato de sancionar al juez o magistrado por el retardo en

- la administración de la justicia que le sea imputable, contenido en el artículo 193 parte final;
5. El derecho a ser indemnizado de quien haya sufrido pena por una sentencia condenatoria reformada o revocada por efecto del recurso de revisión, contemplado en el artículo 21;
6. La responsabilidad civil del Estado en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria y por la violación de las garantías del debido proceso, que se contempla en el artículo 22;
7. El derecho del Estado para repetir lo que por indemnizaciones haya pagado, contra el juez o funcionario responsable, previsto en el artículo 22 parte final;
8. La clasificación de las leyes, contenida en el artículo 142 y la jerarquía contemplada en los artículos 163 y 272;
9. La independencia interna y externa de los órganos de la Función Judicial, consagrada en el artículo 199;
10. La unidad jurisdiccional consagrada en el artículo 191;
11. La impugnabilidad en sede jurisdiccional de los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, que contempla el artículo 196;
12. La finalidad del proceso como medio para la realización de la justicia y para hacer efectivas las garantías del debido proceso, velando por los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia, así como la prohibición de sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, que contempla el artículo 192;
13. La oralidad de los procesos y su sustanciación de acuerdo con los principios dispositivos, de concentración y de intermediación, que dispone el artículo 194;
14. El carácter público de los procesos y las excepciones a la publicidad que se contienen en el artículo 195;
15. El reconocimiento de la justicia de paz, del arbitraje, de la mediación y de otros procedimientos alternativos para la resolución de los conflictos, así como el ejercicio de funciones de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas, que se encuentra en el artículo 191;
16. Los órganos de la Función Judicial enumerados en el artículo 198; la descripción básica de las funciones de la Corte Suprema contenida en el artículo 200, y del Consejo Nacional de la Judicatura que se encuentra en el artículo 206; de estos órganos, la Corte Suprema de Justicia tiene la categoría de órgano constitucional o supremo.<sup>26</sup>
17. Los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema, establecidos en el artículo 201;
18. La permanencia de los magistrados de la Corte Suprema y el sistema de la cooptación contemplados en el artículo 202;
19. La facultad colegisladora de la Corte Suprema, tanto para presentar proyectos de ley excepto en las materias reservadas al Presidente de la República, que se prevé en el artículo 144 N° 3, como para dictar normas dirimentes con carácter obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario, que se le concede en el artículo 197;
20. La profesionalidad judicial por medio de la carrera judicial y la obligatoriedad de los concursos de merecimientos y oposición contenidas en el artículo 204;

21. El principio de la exclusividad en la dedicación al desempeño de las funciones y la consecuente prohibición del pluriempleo y sus excepciones, consagrados en los artículos 125 y 205, así como la prohibición de nepotismo contemplada en el artículo 125;
22. El principio de que el ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exige capacidad, honestidad y eficiencia, consagrado en el artículo 120;
23. La prohibición de intervenir cuando haya conflicto de intereses, contenida en el artículo 123;
24. El deber de presentar una declaración patrimonial juramentada, establecido en el artículo 122.

Además, teniendo en cuenta la clasificación de las leyes que realiza la Constitución Política de la República en su artículo 142, y la jerarquía que se contiene en los artículos 163 y 272 del mismo Cuerpo Fundamental, una ley orgánica de la Función Judicial no solamente ha de incluir los principios fundamentales de la organización y la actividad judicial antes señalados, sino también los que señala la doctrina procesal, que en realidad son desarrollos de los principios constitucionales, y así mismo ha de contener ciertas normas básicas relativas a la organización de los procesos y aquellas directamente relacionadas con la misión y jerarquía de los jueces, a fin de que, al estar incorporadas a una ley de rango superior, sean aplicadas y observadas por todos los que intervienen en los procesos.

## VI RELACIÓN SUMARIA DEL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA ELABORADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y PRESENTADO AL CONGRESO NACIONAL

La conciencia de que entre las medidas que han de adoptarse para superar la crisis judicial se halla el dictar una nueva ley orgánica, determinó que sean dos entidades las que trabajen y produzcan sendos proyectos. De una parte la Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional presentó a la legislatura en el mes de abril del año 2001, un proyecto de nueva ley orgánica, que pasó a conocimiento de la Comisión de lo Civil y Penal; de otra parte, la Corte Suprema de Justicia en el mes de noviembre del año pasado aprobó el proyecto presentado en el mes de diciembre de 2000 por la comisión de magistrados que designó para el efecto, y encomendó al titular de la Corte para que lo presente al H. Congreso Nacional, encargo que lo cumplió el día 3 de diciembre de 2001.

Este punto se concreta a reseñar brevemente el contenido del proyecto de la Corte Suprema de Justicia:<sup>27</sup>

1. La Corte Suprema de Justicia designó una comisión de magistrados que elaboró un anteproyecto el cual fue, en el mes de mayo de 2000, publicado y distribuido profusamente entre los judiciales de toda la República, los colegios de abogados, de notarios, de registradores, las facultades de Jurisprudencia, el Ministerio Público, miembros del Congreso Nacional y su Comisión de Legislación y Codificación y a jurisperitos destacados, solicitándoles sus opiniones, y realizó seis talleres (en Quito, Guayaquil, Cuenca, Portoviejo, Ambato y Machala). Recogidas las sugerencias y observaciones, se preparó el anteproyecto definitivo que se elevó a consideración de la Corte Suprema en diciembre de 2000; este organismo integró 4 nuevas comisiones que revisaron íntegramente el proyecto; con las obser-

vaciones formuladas en esta segunda revisión, se preparó el proyecto definitivo que fue aprobado por el Pleno de la Corte Suprema en noviembre de 2001 y presentado al H. Congreso Nacional el 3 de diciembre del mismo año.

2. Se trata de un proyecto que abarca todas las materias, se le podría calificar de Código Procesal Orgánico, aunque conserva la denominación tradicional. En la exposición de motivos, la Corte Suprema de Justicia sostiene la conveniencia de que se reúnan en un solo cuerpo las normas que actualmente se hallan dispersas en la Ley Orgánica de la Función Judicial y sus numerosas reformas, la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura (Registro Oficial N° 279 de 19 de marzo de 1998) y otros cuerpos legales; que eleve a la categoría de ley muchas de las disposiciones que forman parte del Reglamento de Carrera Judicial, en especial lo relativo al régimen disciplinario, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 24 N° 1 de la Constitución Política de la República; y que, por último, incorpore disposiciones aplicables a muchos aspectos que hasta la presente fecha no han sido adecuadamente regulados.
3. El proyecto no parte de cero; al contrario, conserva bastante de la estructura de la ley vigente y, sobre todo, mantiene las instituciones y figuras que han demostrado funcionar en la práctica. En la exposición de motivos que precede al proyecto se hace hincapié en este aspecto, cuando se dice:

*... la Corte Suprema de Justicia considera que, si bien la Ley Orgánica de la Función Judicial actualmente vigente puede considerarse bastante antigua tanto porque fue promulgada y está rigiendo desde el 11 de septiembre de 1974 (Registro Oficial N° 636), como porque en esta materia ha habido muy poca movilidad legislativa; en efecto, del examen de las leyes orgánicas anteriores se observa que todas a lo largo del siglo XX siguieron el patrón de la dictada por la Convención Nacional el 28 de marzo de 1884, (publicada en la Recopilación de Leyes y Decretos expedidos por la Convención Nacional de 1883, Quito, Imprenta del Gobierno, 1884, p. 44- 87); en efecto, la de 1892<sup>28</sup> es una edición hecha en la Imprenta del Gobierno, en Quito, por la Corte Suprema de Justicia, que incorporó las reformas a la de 1884; el 19 de mayo de 1897 se promulgó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que en realidad es una nueva edición de la de 1884, con muy pocos cambios respecto de la codificación de 1892 (Recopilación de Leyes y Decretos 1896-1897, Quito, Imprenta Nacional, 1897); en 1904 se hizo una edición oficial que incorporó las reformas hasta ese año; 1907 la Corte Suprema de Justicia hizo una edición, que tuvo fuerza obligatoria, e incorporó las reformas hasta 1906 (Quito, Imprenta Nacional, 1907); en 1915 la Academia de Abogados de Quito hizo una edición oficial de la misma ley, con el carácter de "provisional... insertando las notas, las reformas de 1909 y 1914 y las explicaciones necesarias, hasta que se termine la ordenada por el Congreso" (Quito, Tipografía y Encuadernación Salesiana, 1915); en el R. O. 553 de 31 de julio de 1922 se promulgó el Decreto Ejecutivo de 28 de dichos mes y año, en el cual se fijó la fecha de la vigencia de la codificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial realizada por la Academia de Abogados de Quito, con aprobación de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del Decreto Legislativo de 4 de octubre de 1912 (Quito, Imprenta y Encuadernación Nacionales, 1922); en el R. O. N° 26 de 9 de septiembre de 1937 se publicó el Decreto Supremo N° 202 dic-*

tado por el Encargado del Mando Supremo de la República, que declaró auténtica la codificación de la Ley Orgánica de la Función Judicial hecha por el Ministro de Justicia doctor Aurelio A. Bayas y la puso en vigencia; en el R. O. 136 se promulgó el Decreto Supremo N° 106 del Jefe Supremo de la República, por el cual puso en vigencia la codificación de la Ley Orgánica de la Función Judicial hecha por la Comisión Revisora de las leyes de la República, designada por el mismo Jefe Supremo; posteriormente, en el R. O. 117 de 22 de enero de 1949 se publicó la codificación de la Ley Orgánica realizada por la Comisión Legislativa Permanente, la que después se volvió a publicar en la recopilación de Leyes de 1951, y fue nuevamente codificada por la misma Comisión Legislativa Permanente y se publicó el 20 de agosto de 1960, (R. O. suplemento al N° 1202): en definitiva, la Ley Orgánica de la Función Judicial actualmente vigente es el fruto de una re-elaboración continuada en el tiempo de las leyes orgánicas anteriores, ya que conserva la estructura básica y el contenido fundamental de la dictada por la Convención Nacional de 1884; pero el que tenga la antigüedad señalada de ninguna manera significa que se la deba rechazar de plano; al contrario, esta ley es el fruto de una larga evolución de nuestro Derecho Procesal Orgánico, refleja nuestra idiosincrasia, la realidad de un pueblo que se va formando día a día, fundiendo en el crisol del mestizaje la confluencia de razas, lenguas, culturas, climas y regiones bajo la línea equinoccial y en el corazón de los Andes, por ello es que se ha partido de esta ley para adiclarla, completarla y corregirla a fin de, sin perder de vista nuestro pasado, proyectar la organización judicial hacia el futuro.

4. Según señala la Corte Suprema de Justicia en la exposición de motivos, este proyecto es fundamentalmente ecuatoriano y andino:  
*el proyecto se ha preocupado de investigar todos los antecedentes nacionales, tanto en el campo legislativo cuanto en el doctrinario y jurisprudencial; ha consultado además la realidad de otras naciones, comenzando por los pueblos hermanos de la Comunidad Andina, a la cual pertenecemos y con la que tanto nos une, por compartir un pasado común, razas, idiomas, creencias, costumbres, sueños de libertad, desarrollo y solidaridad; se ha seguido por los demás países de América Latina e inclusive de Europa, aunque conscientes de que las diferencias que nos separan con el viejo continente son cada vez mayores, hasta tornarse abismales. Se ha examinado con detenimiento todo aquello que podría ser útil del Derecho Comparado, sin caer en el espejismo de la novelería, recordando siempre nuestras limitaciones económicas y las peculiaridades de nuestra cultura, procurando no ir contra ella sino, todo lo contrario, respetarla y coadyuvar a su desarrollo.*

5. El proyecto consta de 415 artículos, derogatorias o reformas de 14 leyes, 22 disposiciones transitorias y 2 disposiciones finales; está dividido en 20 títulos, que a su vez se subdividen en capítulos y éstos en secciones, y que tratan de las siguientes materias:

- El ámbito de aplicación de la ley;
- Los principios rectores de la organización y de la actuación de los órganos de la Función Judicial, en concordancia con lo que dispone la Constitución Política de la República;
- La jurisdicción;
- La competencia;

- Los distintos órganos de la Función Judicial, de conformidad con la norma constitucional;
- Los órganos jurisdiccionales;
- El órgano administrativo y disciplinario;
- Los auxiliares internos y externos;
- Los recursos humanos;
- Los recursos patrimoniales;
- Las actuaciones procesales.

6. Como se ha indicado, estas materias se han desarrollado a lo largo de 20 capítulos, de la siguiente manera:

Título I, sobre los principios y disposiciones fundamentales de la Ley Orgánica de la Función Judicial, que comprende: el ámbito de la Ley, los principios rectores y las disposiciones fundamentales. (arts. 1 a 52)

La exposición de motivos señala:

*...esta parte del proyecto tiene un gran valor doctrinario, busca incorporar al país a las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico no solamente en lo relativo a la organización y al funcionamiento de los órganos judiciales, sino respecto de la naturaleza del proceso, del papel que le corresponde desempeñar a cada una de las partes, buscando la revalorización de los principios de buena fe y lealtad y la vigencia de los valores ético-sociales.*

*Este título también contiene las reglas generales, que incluye las disposiciones generales aplicables a los magistrados y jueces, los requisitos generales para ser magistrado o juez; del despacho de las causas; las normas relativas al mantenimiento de la competencia por el fuero.*

Los principios rectores que se definen son:

- Principio de supremacía constitucional;
- Principio de jurisdicción y competencia;
- Principio de independencia;
- Principios de exclusividad, unidad y jerarquía;
- Principio de especialidad;
- Principio de gratuidad;
- Principio de publicidad;
- Principio de autonomía económica, financiera y administrativa;
- Principio de responsabilidad;
- Principio de dedicación exclusiva;
- Principio de servicio a la comunidad;
- Principios dispositivo, de intermediación y de concentración;
- Principio de celeridad;
- Principio de probidad;
- Principio de tutela jurídica efectiva de los derechos;
- Principio de seguridad jurídica;
- Principio de la buena fe y lealtad procesal;
- Principio de la verdad procesal;
- Principio de la obligatoriedad de administrar justicia;
- Interpretación de las normas procesales;
- Principio de colaboración con la Función Judicial;
- Principio de exclusividad en la administración de justicia.

Además, contiene una norma que reviste particular interés, la relativa a la interpretación de las normas procesales, que de aprobarse realmente innovará todo el sistema procesal ecuatoriano.<sup>29</sup>

El desarrollo de las facultades y deberes genéricos de los tribunales y jueces, sus facultades jurisdiccionales, correctivas y coercitivas también merece relievase, ya que por primera vez se los recoge sistematizados, a más de que incorpora otros que desde hace algunas décadas tienen reconocimiento en otros sistemas procesales orgánicos latinoamericanos.<sup>30</sup>

En materia de mantenimiento de la competencia por fueros, se suscitan en la práctica múltiples problemas; el proyecto, elaborado por jueces y con el conocimiento que la experiencia les da, contiene normas claras y sencillas que les pondrían fin.

Título II, trata sobre la jurisdicción y la competencia (arts. 52 a 59): el proyecto sigue la estructura tradicional del tratamiento legislativo en esta materia, o sea, señalar en la Ley Orgánica los principios generales que gobiernan el tema, reservando la solución de los problemas concretos a los Códigos Procesales.<sup>31</sup> En realidad, como señala Víctor Manuel Peñaheñera, lo relativo a la jurisdicción y competencia debe ser materia de una ley especial.<sup>32</sup>

Una queja frecuente es la de que no prosperan las acciones de indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados, jueces y más servidores judiciales, por lo que el proyecto pone particular énfasis en este tema, a fin de garantizar a los justiciables la debida atención a sus reclamaciones en este campo.

Título III, que contiene las normas sobre los titulares de la jurisdicción y la enunciación de los órganos jurisdiccionales y el órgano administrativo y disciplinario. (arts. 60 y 61)

Título IV, contiene el marco regulatorio de la Corte Suprema de Justicia. Este título incluye lo relativo a la jurisdicción, competencia y estructura organizativa de la Corte Suprema: de los magistrados; de las Salas especializadas; del Presidente de la Corte y de los Vicepresidentes; de los Presidentes de las Salas especializadas, del Tribunal Disciplinario y de la Comisión Consultiva de Presidentes de Salas. (arts. 62 a 98)

Al tratar de los magistrados de la Corte Suprema se señalan los requisitos que deben reunir y las normas relativas a la cooptación, a fin de que sea un proceso debidamente reglado.

Se detallan las atribuciones y deberes del Tribunal en Pleno de la Corte Suprema, con lo atinente a las demandas de inconstitucionalidad, la iniciativa para presentar proyectos de ley, las normas dirimientes en caso de fallos contradictorios y de duda u obscuridad de las leyes, las salas temporales y los juzgados temporales, quórum para reunir el pleno y para tomar decisiones.

El proyecto también trata en este título del número de las salas de la Corte Suprema, de la especialización y competencia de las mismas, con la determinación clara de las materias que conocerán, realizándose redistribución de algunas materias entre las diversas salas especializadas, como lo familiar y de menores que se atribuye a las salas de lo Laboral y Social; colusión que se atribuye a las salas de lo Civil; propiedad intelectual que se diferencia según sean conflictos entre particulares, en que se atribuye la competencia a las salas de lo Civil, o se trate de la impugnación de actos administrativos en este campo que compete a la Sala de lo Contencioso Administrativo; la obligatoriedad de reunirse periódicamente los magistrados de una misma materia, tendientes a establecer criterios a aplicar por las diversas salas especializadas a fin de evitar que se dicten fallos contradictorios.

Se norma lo atinente al Presidente de la Corte Suprema, sus atribuciones y deberes así como su reemplazo, siendo digno de recalcar que, para poner fin a la *judicialización de la política*, se ha modificado profundamente la competencia del Presidente de la Corte Suprema para el juzgamiento de los casos de fuero, reservándose para su conocimiento únicamente las fases correspondientes en las causas penales que se promuevan contra el Presidente de la República, el Vicepresidente, el Presidente del Congreso Nacional y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y los restantes casos de fuero de Corte Suprema se-

rán conocidos por los presidentes de las salas de las respectivas materias. Este cambio tiene por finalidad evitar que la presidencia de la Corte Suprema sea un objetivo político para ir cerrando el paso a la *judicialización de la política* que tanto daño ha causado al país.

Se establecen un Tribunal de Quejas de la Corte Suprema de Justicia, encargado de juzgar las faltas administrativas en que puedan incurrir los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, así como los abogados en libre ejercicio; y una Comisión Consultiva de los Presidentes de las Salas Especializadas, como organismo asesor del Presidente de la Corte Suprema.

En el proyecto es evidente que la Corte Suprema de Justicia considera que, en virtud de la independencia judicial, no corresponde al Congreso Nacional el juzgamiento de las faltas administrativas de los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura; por ello se encarga al Tribunal de Quejas de la Corte Suprema, el cual también conocerá de las faltas administrativas de los magistrados de dicho Tribunal, subsanándose de esta manera el vacío legal que existe actualmente; las faltas y las sanciones de unos y otros así como el procedimiento, son los generales para los servidores judiciales, lo único que varía es el tribunal que conoce y juzga; respecto de los abogados, se prevé el juzgamiento administrativo por mala práctica profesional, tipificándose las faltas, las sanciones y los procedimientos.

Un tema que no es de trascendencia pero que demuestra el espíritu profundamente democrático de los autores del proyecto, es el relativo a la subrogación del Presidente, ya que se establecen dos vicepresidencias que serían electivas, exactamente en la misma forma que en el Congreso Nacional.

Teniendo en cuenta la experiencia pasada, que ha sido negativa en cuanto a la exigencia de que por ley y únicamente por ley se creen tribunales y juzgados así como especializaciones o se las modifique, se establece una delegación legislativa sobre el particular y se prevé un sistema de trabajo conjunto entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura, lo cual permitiría ir actualizando permanentemente la estructura judicial del país, de acuerdo con sus necesidades.

Se mantienen las diez salas actuales de la Corte Suprema de Justicia, pero se prevé la posibilidad de que se modifique la competencia en razón de la materia de las existentes, o que se creen nuevas salas. Si se llegara a aprobar esta ley, una de las tareas que debería acometer la Corte Suprema en primer lugar debería ser la de redistribuir la competencia entre las salas, creando nuevas especializaciones: así, por ejemplo, se puede distinguir lo civil diferenciado de lo mercantil, lo familiar, lo laboral, los delitos económicos, los restantes delitos, etc. Sin embargo, esta sugerencia, como muchas otras que deberán formular quienes se hallan preocupados por el tema, han de ser examinadas con mucho detenimiento; se debe trabajar a base del análisis de la complejidad de la materia así como del movimiento de causas por materias y su crecimiento en un período determinado, suficientemente largo, que cubra por lo menos los últimos cinco años; las estadísticas de la Función Judicial deben mejorarse sustancialmente cualitativa y cuantitativamente, ya que la ausencia de datos estadísticos (inclusive los elementales) es evidente, como se puede comprobar simplemente con una somera revisión de los informes del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la Judicatura al Congreso Nacional que se hallan publicados. En todo caso, es de preverse que uno de los puntos del debate será el del número de salas y la distribución de las materias.

Título V: De los Tribunales Distritales y de las Cortes Superiores, incluye atribuciones, los requisitos para ser magistrados de estos tribunales, atribuciones del Presidente; también se establecen normas comunes a la Corte Suprema, a los Tribunales Distritales y a las Cortes Superiores, forma de tomar las resoluciones, designación y atribuciones de los conjuces (arts. 99 a 131).

Entre los aspectos descollantes de este título se debe mencionar que se integra adecuadamente a los tribunales distritales dentro de la organización de la Función Judicial y se potencia debidamente a estos órganos jurisdiccionales, teniendo en cuenta en desarrollo de la descentralización y la desconcentración con la consiguiente transferencia de atribuciones a los gobiernos seccionales, así como de las concesiones y la transferencia a sede jurisdiccional de un gran número de asuntos que actualmente se los conoce en sede administrativa y que debe producirse como consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica de Unidad Jurisdiccional. Materias como las excepciones a la coactiva por créditos no tributarios, expropiaciones, fijación del precio indemnizatorio y reversiones, conflictos originados en la contratación pública serían, entre muchas otras, las que deberían ser atendidas por la jurisdicción administrativa.

La Función Judicial debe prepararse para afrontar una avalancha de causas en sede jurisdiccional de índole administrativa, ya que en el mundo entero es el área de la justicia que más crece, y en nuestro país es uno de los sectores en que hay más indefensión y en el cual campea la arbitrariedad, pero por la falta de organización de los administrados, la problemática no se transparenta.

Se prevé la especialización en las Cortes Superiores, pero con criterio realista, se diferencia según el número de salas de los diversos distritos, que a su vez depende del movimiento de causas. Si bien el ideal es que en todo el territorio de la República existan jueces y que en todos los distritos judiciales existan en todas las materias salas especializadas de las Cortes Superiores, sin embargo es necesario tener en cuenta la realidad de la escasez de los recursos económicos que obligan a optimizar el empleo del recurso humano y que no permiten el prodiarlos, creando judicaturas y tribunales para que despachen un número muy reducido de causas.

En este título, al normar lo relativo a los conjuces, se fijan los criterios para el nombramiento de los mismos, a fin de que no sea más un acto discrecional, pero sin caer en la posición irreal y nada práctica de pretender que se realicen concursos de merecimientos y oposiciones para la designación de estos colaboradores *ad honorem* de la administración de justicia.<sup>33</sup>

Título VI: De los jueces, que comprende lo relativo a la ubicación y especialización, la subrogación del juez principal, las judicaturas en las diversas especializaciones. (arts. 132 a 167)

En este título se prevé la creación de nuevas judicaturas y una más adecuada determinación del ámbito de la competencia; así, se contempla en el área penal, la existencia de tribunales penales ordinarios y especializados, con los tribunales penales de lo militar y de lo policial; jueces penales ordinarios y especializados, que comprenden los jueces penales de lo militar y de lo policial; de los adolescentes infractores, de tránsito, de contravenciones, y respecto de estos últimos se deberá determinar cuáles serán competentes para juzgar las contravenciones según las distintas materias: penal, policial, de tránsito, de violencia intra familiar, etc.<sup>34</sup>

En el área civil se han previsto: jueces de lo Civil y Mercantil y de Inquilinato y Relaciones Vecinales; respecto de estos últimos, se amplía su competencia y se señalan los principios a aplicarse en los juzgamientos, ya que en casos se trata de negocios puramente civiles y aún mercantiles, en otros casos se debe atender a la faceta social, y en otros inclusive el derecho urbanístico debe ser considerado de modo preponderante. También se prevé la posibilidad de establecer especializaciones en estos jueces.

En el área laboral y social, se prevén los jueces de Trabajo y los de Familia y de Menores; ya que se reconoce que la materia de familia dejó de ser civil y pasó al área social.

Para optimizar el empleo de los recursos humanos en la Función Judicial (una constante en el pensamiento de la Corte Suprema), se propone la creación de jueces únicos, que atenderían de todas las materias, excepto la contencioso-administrativa y la contencioso-tributaria, en aquellas localidades en que hay muy poco movimiento judicial en cada materia.

Se mantienen los jueces tributarios que conocerán de los ilícitos tributarios, incluidos los aduaneros, y se propone la creación de jueces administrativos que serían, al mismo tiempo, jueces constitucionales competentes para conocer de las acciones de amparo y de hábeas data, así como una serie de asuntos de naturaleza administrativa, ya que se prevé que como consecuencia de los procesos de descentralización, desconcentración y concesión, la conflictividad en este campo va a crecer significativamente y que es necesario acercar la justicia administrativa a los administrados. Si se piensa que con la racionalización en el empleo del recurso humano se reducirá significativamente el número de juzgados, particularmente civiles y penales, es posible concluir que se podrán establecer jueces administrativos que brinden un servicio que actualmente no se lo da, con grave perjuicio para los administrados, y que los jueces civiles y penales se liberarán de la carga que es el atender las acciones de amparo y de hábeas data, para las cuales, en ciertos casos, ni siquiera están suficientemente capacitados.

Se ha previsto la creación de juzgados de Paz, no como juzgados de pequeñas causas ni como una regresión a la justicia municipal, sino como instancias de mediación para la solución amigable de los conflictos comunitarios, vecinales y privados; se ha pensado fundamentalmente en las comunidades campesinas, en las parroquias y asentamientos humanos menores como barrios, recintos, anejos, etc., así como en los sectores urbanos marginales, se prevé que los concursos de merecimientos y oposición se realicen en las propias comunidades y que en ningún caso se nombre un juez de Paz si es que hay oposición de la mayoría de los miembros de la comunidad, que desplieguen su esfuerzo en la búsqueda de la armonía social como mediadores intra y preprocesales, conscientes de que un problema que afecte a la comunidad o a la vecindad no necesariamente se soluciona con una resolución por muy ceñida a derecho que sea, ya que si el rescoldo del conflicto permanece encendido, una y otra vez se prenderá el incendio; por ello es que la Constitución Política, con sabiduría, encomienda a los jueces de Paz la solución de los conflictos en equidad, quienes dictarán resolución únicamente habiéndose agotado los esfuerzos para un avenimiento. Para ser juez de Paz no se necesita ser abogado, hay que tener sentido común, ya que la equidad se aprende en la escuela de la vida, no en las facultades de jurisprudencia.

Respecto del ejercicio de las funciones de justicia de las autoridades de los pueblos indígenas, se declara que se es-

tará a lo dispuesto en la Constitución Política de la República y en la Ley Especial.

Título VII: De los secretarios y otros auxiliares de los órganos jurisdiccionales. Se da un tratamiento sistemático y completo del régimen de los secretarios en todos los niveles, de los fedatarios de citaciones y de notificaciones y sorteos, así como de las unidades administrativas de los órganos jurisdiccionales. (arts. 168 a 190).

Título VIII: Del Consejo Nacional de la Judicatura, su conformación y atribuciones. Básicamente se mantiene el régimen legal que constituye actualmente la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, con precisiones y cambios para ajustarlo al texto constitucional. Así, se lo define como el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial, por lo tanto, un medio instrumental de apoyo a las actividades de la misma.<sup>35</sup> El problema es el mismo y muy extendido: en la universidad, ¿han de gobernar los profesores o los administrativos?; en los hospitales, ¿los médicos o los administrativos?; en la Cancillería, ¿los diplomáticos o los administrativos?; en las Fuerzas Armadas, ¿los militares, los marinos, los aviadores o los administrativos?; en la Policía, ¿los policías o los administrativos?

Si se quiere sostener que el Consejo Nacional de la Judicatura debe gobernar a la Función Judicial, como *actividad estatal discrecional sin límites jurídicos que es realizada en ejecución de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad política*<sup>36</sup> necesariamente se deberá propiciar que los jueces, y solo los jueces, constituyan ese organismo, mediante un proceso democrático de elección directa, pero ¿sería lo más sensato? ¿Acaso la cooptación total no conduciría al estancamiento y al anquilosamiento de la Función Judicial? Este tema debe debatirse, pero con honestidad intelectual, con coherencia, llegando a las últimas consecuencias en las tesis que se sustenten. Lo contrario es maniqueísmo.

Puesto que la Constitución Política de la República dispone que la administración sea descentralizada<sup>37</sup> (art. 1) y la judicial además desconcentrada (art. 206 inc. 2°), se elimina la figura de los delegados distritales,<sup>38</sup> y en su lugar se crea la Inspectoría Judicial, con atribuciones propias sin perjuicio de que se le puedan trasladar otras o delegarlas.

Se modifica la competencia para el juzgamiento de las infracciones, para que pueda ejercitarse plenamente el derecho a la defensa y garantizar el debido proceso, evitando la excesiva concentración de poder en pocas manos, que conduce a arbitrariedades.

Título IX: Del servidor judicial, que contiene lo relativo al ingreso a la Función Judicial; la clasificación de los servidores judiciales, la calificación de idoneidad y selección, los nombramientos, la carrera judicial, la capacitación, la evaluación de desempeño, los derechos, los deberes y las prohibiciones de los servidores judiciales, el régimen disciplinario con la tipificación de las faltas administrativas, las sanciones y el procedimiento para aplicarlas; igualmente se norma la cesación de funciones.

En el proyecto se evidencia la posición de la Corte Suprema favorable a la estabilidad de todos los servidores judiciales, una vez que se ponga en vigencia la carrera judicial, en virtud de la cual se ingresará por estricto concurso de merecimientos y oposición, se realizará la evaluación anual, se realizará la capacitación permanente y se ascenderá por méritos.

Para el nombramiento, se mantiene un sistema mixto; el Consejo Nacional de la Judicatura realiza el concurso de merecimientos y oposición, y la Corte Suprema o los tribunales distritales y las cortes superiores, según el caso, realizan los nombramientos, para de esta manera establecer un control de legalidad respecto del concurso.

El régimen disciplinario es claro, las faltas están debidamente detalladas y las sanciones se ajustan a la gravedad de las mismas. Se distinguen cuatro grupos de faltas: sancionadas con destitución, con suspensión, con multa y con amonestación; se ha previsto los casos de reincidencia y los factores que se deberán tomar en cuenta para determinar la sanción en el caso de faltas que puedan merecer una u otra sanción. Igualmente, se establece con claridad el procedimiento, la autoridad sancionadora y los recursos administrativos y jurisdiccionales.

Títulos X y XI: Ingresos y movimientos de recursos económicos, con los componentes y formas de administración, caja judicial, las tasas, aranceles y derechos judiciales.

Título XII: La atención al público, con la normatividad relativa a los horarios, locales y atención al público, los centros de documentación, archivo y de mediación, que contiene: centro de documentación y archivo central de la Función Judicial, así como los centros de mediación.

Título XIII: Los demás funcionarios, empleados y trabajadores de la Función Judicial, con las normas aplicables a los registradores y notarios, depositarios judiciales, síndicos, martilladores, liquidadores de costas, alguaciles, la policía judicial y la policía nacional, así como al servicio técnico de la familia y de los menores.

Título XIV: Comprendida la abogacía como una función auxiliar de la administración de justicia y como una profesión de carácter y con responsabilidad social.<sup>39</sup> Se incorporan normas aplicables a los abogados en el patrocinio de las causas, los colegios de abogados<sup>40</sup> y el ejercicio ilegal de la abogacía.<sup>41</sup>

Se señalan los derechos, los deberes y las prohibiciones a los abogados en el patrocinio de las causas, las incompatibilidades y los impedimentos para patrocinar, así como la presentación de escritos y el contenido de los poderes de procuración judicial, prohibiendo exigencias que no se hallan previstas en la ley, a fin de que no se obste por este medio el patrocinio en las causas.

La crisis de la abogacía obliga a pensar en la reimplantación del examen de estado para la incorporación de los abogados al foro, al igual que ocurre en la mayor parte de países. Por cierto que esta exigencia se debería aplicar a los abogados que se incorporen con posterioridad a la vigencia de la ley, ya que los que actualmente se hallan incorporados tienen un derecho adquirido.

El proyecto prevé medidas para controlar e impedir el ejercicio ilegal de la abogacía por quienes no se hallan incorporados al foro o están suspendidos en el ejercicio de la profesión. Es de esperar que los colegios de abogados analicen debidamente estas proposiciones, ya que el realizar una defensa a ultranza aunque la actuación del abogado sea ilegal o inmoral, es uno de los factores de desprestigio de la profesión de abogado.

Título XV: En el proyecto se pone de manifiesto la preocupación que tiene la Corte Suprema de Justicia respecto de la formación de los futuros abogados, y porque considera que los órganos judiciales deben contribuir a la mejor preparación de los estudiantes de Derecho, incorpora al proyecto normas destinadas a facilitar las labores de aprendizaje e investigación de los estudiantes de Derecho y los egresados, previéndose inclu-

sive la formulación de un programa nacional de pasantías y defensa legal a los más necesitados así como el registro de los consultorios jurídicos gratuitos, para ejercer la debida supervisión de los mismos y brindarles las facilidades del caso.<sup>42</sup>

Título XVI: De los expedientes, actuaciones, notificaciones y citaciones, con las normas relativas al arreglo de expedientes y actuaciones judiciales; de los sorteos; de los casilleros judiciales; de los turnos rotativos para los juzgados penales, de tránsito y de menores.

Título XVII: Disposiciones generales.

Título XVIII: Reformas y derogatorias, en las cuales se propone un significativo número de supresiones y reformas de leyes que ya no tienen razón de ser.

Título XIX: Disposiciones transitorias.

Título XX: Disposiciones finales.

## VII. RELACIÓN SUMARIA DEL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA ELABORADO POR LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN DEL CONGRESO NACIONAL

La Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional parte de una premisa análoga a la de la Corte Suprema de Justicia: que la Ley Orgánica es bastante antigua, le atribuye una edad de más de medio siglo (ya que la referencia más remota que hace es de la codificación de 1951), pero igualmente estima que *no se ajusta a las demandas de la sociedad ecuatoriana de hoy*.<sup>43</sup>

Pero si bien las dos entidades parten de premisas análogas, los caminos son diametralmente opuestos: mientras la Corte Suprema de Justicia pone énfasis en que debe conservarse todo lo positivo de la vieja ley y seguir adelante mirando para adentro, tratando de continuar en el desarrollo de una ley de raíz ecuatoriana, inclusive como un aporte al desarrollo de la cultura y de la identidad nacionales, el proyecto de la Comisión de Legislación y Codificación decididamente opta por adoptar un modelo foráneo. En efecto, en la exposición de motivos dice:

*La evolución constitucional y legal que ha ocurrido en el Ecuador impone la necesidad de una nueva Ley Orgánica, estructurada armónicamente según el ordenamiento jurídico. Tal cometido vuelve necesario tomar un modelo de referencia que presente similitudes en aspectos constitucionales de la organización judicial, particularmente en lo relativo a definiciones, gobierno, unidad jurisdiccional y carrera judicial. No es de extrañar por nuestras raíces jurídicas que en el estudio del Derecho Comparado, hayamos encontrado que la Ley Orgánica del Poder Judicial de España presenta características notables que se ajustan a este objetivo. Naturalmente, en esta Ley se mantienen numerosas instituciones de la ley anterior y se introducen importantes y numerosos cambios exigidos por nuestra propia realidad y, en no pocos casos, por conveniencia se incorporan de manera sistematizada instituciones propias de otros sistemas judiciales.*

Este será uno de los puntos centrales del debate que habrá de abrirse en el futuro inmediato: clarificar si tenemos o no ya madurez suficiente para tratar de caminar con nuestros propios pies, mirándonos en el espejo de nuestra realidad y de la progresiva construcción de esta cultura que la va desarrollando la "raza cósmica", según la rica expresión del mexicano José de Vasconcelos, y buscando aprovechar las experiencias positivas de las naciones de nuestra Comunidad Andina y del resto de

América Latina, o nos consideramos todavía inmaduros, auto-colocándonos en la situación de interdictos mentales por incapaces de pensar con nuestra cabeza y nos acogemos al patronato de la metrópoli.

Son ciento noventa años en que hemos ido marchando por caminos diferentes España y Ecuador, y si bien en muchos campos hemos adoptado estructuras e instituciones foráneas, aún sin beneficio de inventario, y que en el área del Derecho Constitucional particularmente hemos sido muy receptivos, como debe ser receptivo todo pueblo en lo que tiene que ver con la consagración y la garantía de los derechos fundamentales, pero ello no significa que en todos los campos hemos de mantener la misma posición. Si nuestra realidad económica, social y política es profundamente diferente de la de otros pueblos, aunque con ellos nos unan viejos vínculos que día a día se van disolviendo más y más, no cabe que por principio renunciemos al derecho de tener como modelo de referencia al modelo nacional, que si bien adolece de falencias e imperfecciones, ha funcionado por más de un siglo.

En Ecuador, la democracia representativa ha sido la constante, aunque haya sido formal, pero especialmente a partir de la revolución liberal no hemos conocido períodos extendidos de gobiernos autocráticos, en que se construyera un sistema legal y una organización burocrática para el servicio de una determinada ideología y que obligue a realizar un desmantelamiento completo del cuadro legal y una renovación mental — cuando no física— de los actores.<sup>44</sup> Desde la promulgación de la Constitución de 1978 y hasta las reformas y codificación de 1998, las reformas fueron múltiples, dentro de un ambiente de democracia y libertad.

El proyecto va precedido de una exposición de motivos, que reproduce en su gran mayoría la exposición de motivos de la ley española, con pocos cambios de redacción, lo cual no es conveniente, ya que las circunstancias que determinaron la expedición de la ley española son significativamente diferentes de la realidad ecuatoriana.<sup>45</sup>

Es interesante transcribir lo que se dice en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española:<sup>46</sup> *Son conocidos, por otra parte, los malos resultados de las reformas miméticas, basadas en el trasplante de institutos procesales pertenecientes a modelos jurídicos diferentes. La identidad o similitud de denominaciones entre Tribunales o entre instrumentos procesales no constituye base razonable y suficiente para este mimetismo. Y aún menos razonable resulta el impulso, de ordinario inconsciente, de sustituir en bloque la Justicia propia por la de otros países o áreas geográficas y culturales. Una tal sustitución es, desde luego, imposible, pero la mera influencia de ese impulso resulta muy perturbadora para las reformas legales: se generan nuevos y más graves problemas, sin que apenas se propongan y se logren mejoras apreciables. Más adelante, se añade: El aprovechamiento positivo de instituciones y experiencias ajenas requiere que unas y otras sean bien conocidas y comprendidas, lo que significa cabal conocimiento y comprensión del entero modelo o sistema en que se integran, de sus principios inspiradores, de sus raíces históricas, de los diversos presupuestos de su funcionamiento, empezando por los humanos, y de sus ventajas y desventajas reales. Estas palabras nos invitan a la reflexión.*

El proyecto preparado por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional ha estructurado la ley en un título preliminar y ocho libros, cada uno de los cuales a su vez se divide en títulos, capítulos y secciones; consta de 666 artículos,

dos disposiciones adicionales, 15 disposiciones transitorias, 11 disposiciones reformativas o derogatorias y una disposición final.

Una buena parte del contenido de este proyecto reproduce la ley española, de manera que ésta es algo más que modelo de referencia.<sup>47</sup>

Algunas de sus disposiciones son objetables por ser abiertamente inconstitucionales.<sup>48</sup>

Otras, aparecen ciertamente inconvenientes.<sup>49</sup>

Hay normas, tomadas de la realidad monárquica y aristocrática española, que se riñe con nuestra mentalidad republicana y democrática,<sup>50</sup> y pretendiendo revivir costumbres que se abandonaron por anacrónicas.<sup>51</sup>

Además, se pretende trasladar al Congreso Nacional la nominación de los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, el cual estaría dotado de poderes omnímodos para la designación y remoción de los servidores judiciales, lo cual conduciría a revivir experiencias pasadas en que los nombramientos judiciales eran parte de las negociaciones políticas.<sup>52</sup>

Hay reformas procesales que se encuentran fuera de lugar. Precisamente en el mes de enero de 2002 se iniciará la validación de un anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, mediante la realización de talleres en las ciudades de Quito y Guayaquil, que será el foro natural para analizar las reformas propuestas a fin de ver si son o no pertinentes.<sup>53</sup>

Se debe reconocer que también hay disposiciones de mucha justicia, que de ser aprobadas hay que tener el optimismo de que no quedarán de letra muerta.<sup>54</sup> Algo que deberá considerarse a profundidad es el ordenamiento de la ley orgánica española para los conflictos de jurisdicción y de competencia y las cuestiones de competencia (arts. 38 a 52) y que se han reproducido en el proyecto de la Comisión de Legislación y Codificación (arts. 50 a 68) para determinar si esta materia debe tratarse in extenso en la ley orgánica, en los códigos procesales o inclusive en una ley especial como fue la tesis de Víctor Manuel Peñaherrera.<sup>55</sup> Es explicable que en España los conflictos de esta naturaleza sean muy frecuentes como resultado del proceso de integración en la Unión Europea; no se conoce que exista un estudio sobre la incidencia de estos problemas en Ecuador. Tal vez resulte preferible que se legisle progresivamente, conforme vayan suscitándose las necesidades, en cada campo, mediante leyes ordinarias.

Un vacío grave en este proyecto es el relativo al funcionamiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Siendo, como es, el órgano máximo de la estructura constitucional, y teniendo como tiene inclusive facultades cuasi legislativas, (potestad para dictar normas con el carácter de generalmente obligatorias hasta que el Congreso Nacional disponga lo contrario, artículo 197 de la Constitución Política, e iniciativa de reforma constitucional y legal, arts. 281 y 144 N° 3 ibidem), resulta extraño que se haya prescindido por completo de él, sin darle al menos el mismo tratamiento que se da al pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, órgano de inferior jerarquía por la naturaleza exclusivamente administrativa y disciplinaria de los asuntos a su cargo.

El proyecto trata prácticamente las mismas materias que el de la Corte Suprema de Justicia, como se apreciará de inmediato en el siguiente detalle:

Título preliminar: De la Función Judicial y del ejercicio de la Potestad Jurisdiccional (art. 1 al 29).

LIBRO PRIMERO: De la extensión y límites de la jurisdicción y de la conformación y organización de los Juzgados y Tribunales.

TÍTULO PRIMERO: De la extensión y límites de la jurisdicción (art. 30 al 38).

TÍTULO SEGUNDO: De la planta y organización territorial.

CAPÍTULO I: De los Juzgados y Tribunales (art. 39 al 42).

CAPÍTULO II: De la División Territorial en lo Judicial (art. 43 al 49).

TÍTULO TERCERO: De los conflictos de jurisdicción y de los conflictos y cuestiones de competencia.

CAPÍTULO I: De los Conflictos de Jurisdicción (art. 50 al 55).

CAPÍTULO II: De los Conflictos de Competencia (art. 56 al 65).

CAPÍTULO III: De las Cuestiones de Competencia (art. 66 al 68).

TÍTULO CUARTO: De la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales.

CAPÍTULO I: De la Corte Suprema de Justicia (art. 69 al 80).

CAPÍTULO II: De los Tribunales Superiores de Justicia. Sección Primera: De las Cortes Superiores (art. 81 al 86).

Sección Segunda: De los Tribunales Distritales (art. 87 al 92).

Sección Tercera: Disposiciones comunes (art. 93 al 98).

CAPÍTULO III: De los Juzgados de Primera Instancia y de los Tribunales de lo Penal (arts. 99 al 115).

CAPÍTULO IV: De los Juzgados de Contravenciones (art. 116 al 117).

CAPÍTULO V: De los Juzgados de Paz (art. 118 al 120).

LIBRO SEGUNDO: Del gobierno de la Función Judicial.

TÍTULO PRIMERO: De los órganos de gobierno de la Función Judicial.

CAPÍTULO ÚNICO: Disposiciones Generales (art. 121 al 122).

TÍTULO SEGUNDO: Del Consejo Nacional de la Judicatura.

CAPÍTULO I: De las atribuciones del Consejo Nacional de la Judicatura (art. 123 al 126).

CAPÍTULO II: De la composición del Consejo Nacional de la Judicatura y de la designación y sustitución de sus vocales (art. 127 al 128).

CAPÍTULO III: Del Estatuto de los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura (art. 129 al 135).

CAPÍTULO IV: De los Órganos del Consejo Nacional de la Judicatura:

Sección Primera: Conformación (art. 136).

Sección Segunda: De la Presidencia (del art. 137 al 139).

Sección Tercera: Del Pleno (del art. 140 al 142).

Sección Cuarta: De la Comisión Permanente (del art. 143 al 145).

Sección Quinta: De la Comisión Disciplinaria (del art. 146 al 148).

Sección Sexta: De la Comisión de Calificación (del art. 149 al 152).

Sección Séptima: Disposición común (art. 153).

CAPÍTULO V: Del régimen de los actos del Consejo. Sección Primera: De la forma de adoptar acuerdos (del art. 154 al 157).



Sección Segunda: De la formalización de los acuerdos (art. 158).

Sección Tercera: Régimen de la forma de los actos del Consejo (del art. 159 al 160).

Sección Cuarta: De la ejecución de los actos (del art. 161 al 162).

Sección Quinta: Del procedimiento y recursos (del art. 163 al 165).

CAPÍTULO VI: De los Órganos Técnicos al servicio del Consejo General.

Sección Primera: Disposiciones generales ( del art. 166 al 169).

Sección Segunda: De los órganos técnicos en particular ( del art. 170 al 171).

CAPÍTULO VII: Gobierno interno de los Tribunales y Juzgados.

Sección Primera: Sala de Gobierno (del art. 172 al 175).

Sección Segunda: Atribuciones de las Salas de Gobierno ( art. 176).

Sección Tercera: Del funcionamiento de las Salas de Gobierno y del régimen de sus actos (del art. 177 al 183).

CAPÍTULO VIII: De los Presidentes de los Tribunales (del art. 184 al 188).

CAPÍTULO IX: De los Presidentes de las Salas ( art. 189).

CAPÍTULO X: De los Jueces (del art. 190 al 198).

CAPÍTULO XI: De la inspección de Juzgados y Tribunales (del art. 199 al 212).

CAPÍTULO XII: De las Secretarías de Gobierno (del art. 213 al 214).

LIBRO TERCERO: Del Régimen de los Juzgados y Tribunales.

TÍTULO PRIMERO: Del tiempo de las actuaciones judiciales.

CAPÍTULO I: Del período ordinario de actividad de los Juzgados y Tribunales (del art. 215 al 217).

CAPÍTULO II: Del tiempo hábil para las actuaciones judiciales (del art. 218 al 222).

TÍTULO SEGUNDO: Del modo de constituirse los Juzgados y Tribunales.

CAPÍTULO I: De la Audiencia Pública y de las incidencias judiciales (del art. 223 al 237).

CAPÍTULO II: De la formación de las Salas, Secciones y de los Magistrados Conjueces (del art. 238 al 245).

CAPÍTULO III: Del Magistrado Ponente (del art. 246 al 248).

CAPÍTULO IV: De las sustituciones (del art. 249 al 260).

CAPÍTULO V: De las medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales (del art. 261 al 266).

CAPÍTULO VI: De la excusa y recusación (del art. 267 al 284).

TÍTULO TERCERO: De las actuaciones judiciales.

CAPÍTULO I: De la oralidad, publicidad y lengua oficial (del art. 285 al 296).

CAPÍTULO II: Del impulso procesal ( art. 297).

CAPÍTULO III: De la nulidad de los actos judiciales (del art. 298 al 306).

CAPÍTULO IV: De las resoluciones judiciales (del art. 307 al 317).

CAPÍTULO V: De la Vista, Votación y Fallo (del art. 318 al 340).

CAPÍTULO VI: Del lugar en que deben practicarse las actuaciones (del art. 341 al 342).

CAPÍTULO VII: De las citaciones y notificaciones (del art. 343 al 347).

CAPÍTULO VIII: De la cooperación jurisdiccional (del art. 348 al 353).

TÍTULO CUARTO: De la fe pública judicial y de la documentación.

CAPÍTULO I: De las funciones atribuidas a los Secretarios (del art. 354 al 359).

CAPÍTULO II: De la dación de cuenta y de la conservación y custodia de los autos (del art. 360 al 364)

CAPÍTULO III: De las diligencias de ordenación y de las propuestas de resolución (del art. 365 al 368).

TÍTULO QUINTO: De la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial (del art. 369 al 379).

LIBRO CUARTO: De los Jueces y Magistrados

TÍTULO PRIMERO: De la carrera judicial y de la provisión de destinos.

CAPÍTULO I: De la Carrera Judicial (del art. 380 al 382).

CAPÍTULO II: Del ingreso y ascenso en la Carrera Judicial (del art. 383 al 414).

CAPÍTULO III: Del nombramiento y posesión de los Jueces y Magistrados (del art. 415 al 423).

CAPÍTULO IV: De lo honores y tratamientos de los Jueces y Magistrados (del art. 424 al 425).

CAPÍTULO V: De la provisión de destinos en los Juzgados y en los Tribunales Superiores de Justicia (del art. 426 al 437).

CAPÍTULO VI: De la provisión de plazas en la Corte Suprema de Justicia (del art. 438 al 442).

CAPÍTULO VII: De la situación de los Jueces y Magistrados (del art. 443 al 465).

CAPÍTULO VIII: De las licencias y permisos (del art. 466 al 473).

TÍTULO SEGUNDO: De la independencia judicial.

CAPÍTULO I: De la inamovilidad de los Jueces y Magistrados (del art. 474 al 486).

CAPÍTULO II: De las incompatibilidades y prohibiciones (del art. 487 al 494).

CAPÍTULO III: De la inmunidad judicial (del art. 495 al 498).

CAPÍTULO IV: Del régimen de asociación profesional de los Jueces y Magistrados (art. 499).

CAPÍTULO V: De la independencia económica (del art. 500 al 503).

TÍTULO TERCERO : De la responsabilidad de los Jueces y Magistrados.

CAPÍTULO I: De la responsabilidad penal (del art. 504 al 505).

CAPÍTULO II: De la responsabilidad civil (del art. 506 al 509).

CAPÍTULO III: De la responsabilidad disciplinaria (del art. 510 al 534).

TÍTULO CUARTO: De los Jueces en régimen de provisión temporal (del art. 535 al 541).

TÍTULO QUINTO: Del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (del art. 542 al 543).

LIBRO QUINTO: Del Personal Administrativo al servicio de la Administración de Justicia.

TÍTULO ÚNICO: De la Carrera Administrativa Judicial

CAPÍTULO I: Del régimen general (del art. 544 al 555).

CAPÍTULO II: De los Secretarios Judiciales (del art. 556 al 568).

CAPÍTULO III: De los Oficiales y Auxiliares (del art. 569 al 579).

CAPÍTULO IV: Del régimen disciplinario en lo administrativo (del art. 580 al 582).

CAPÍTULO V: De los Pasantes y de los estudiantes de Derecho (del art. 583 al 585).

LIBRO SEXTO: Del Ministerio Público y demás instituciones y personas que cooperan con la Administración de Justicia.

TÍTULO PRIMERO: Del Ministerio Público (art. 586).

TÍTULO SEGUNDO: De la Defensoría Pública (del art. 587 al 594).

TÍTULO TERCERO: De la Policía Judicial (del art. 595 al 598).

TÍTULO CUARTO: De los órganos que intervienen en representación y en la defensa judicial del Estado y de sus Instituciones (del art. 599 al 602).

TÍTULO QUINTO: De los médicos forenses y demás personal técnico al servicio de la Administración de Justicia (del art. 603 al 606).

TÍTULO SEXTO: De los Centros de Arbitraje y Mediación

CAPÍTULO I: De los Árbitros de Derecho (art. 607).

CAPÍTULO II: De los Centros de Arbitraje y Mediación administrados por la Función Judicial (del art. 608 al 609).

TÍTULO SÉPTIMO: De los Funcionarios adscritos a la Función Judicial

CAPÍTULO I: Del Régimen General (del art. 610 al 618).

CAPÍTULO II: De los Síndicos (del art. 619 al 620).

CAPÍTULO III: De los Depositarios Judiciales (del art. 621 al 626).

CAPÍTULO IV: De los Notarios Públicos (del art. 627 al 632).

CAPÍTULO V: De los Registradores (del art. 633 al 638).

CAPÍTULO VI: De los Martilladores Públicos (del art. 639 al 642).

LIBRO SÉPTIMO: De los Abogados y Procuradores

TÍTULO PRIMERO: Del Estatuto Judicial del Abogado (del art. 643 al 660).

TÍTULO SEGUNDO: De las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos y causas (del art. 661 al 666).

LIBRO OCTAVO:

DISPOSICIONES ADICIONALES.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS Y REFORMATORIAS.

DISPOSICIÓN FINAL.

## VIII. CONCLUSIONES

Como conclusiones, se señalarán las siguientes:

1. El problema de la administración de justicia en Ecuador obedece a un cúmulo de causas internas y externas a la función judicial, que deben ser afrontadas en su conjunto.
2. Es utópico pensar que se pueda afrontar simultáneamente la solución de todos los problemas, por lo que hay que priorizarlos.
3. Se debe adelantar en el proceso de profesionalización de los servidores judiciales, para lo cual se requiere que todos ingresen por méritos, previo concurso de merecimientos y oposición; que se realicen evaluaciones objetivas de modo periódico, a fin de que todos los servidores judiciales que demuestren eficiencia y corrección gocen de estabilidad en los cargos; igualmente hay que poner en marcha un programa de capacitación continua, para el ingreso, para el desempeño en el cargo y para el ascenso, mediante la tercerización con las universidades y otros centros profesionales de capacitación, evitando crear aparatos burocráticos que en la práctica han demostrado ser ineficaces.
4. Se debe incrementar el presupuesto de la Función Judicial a fin de que pueda atender en debida forma los gastos que supondrá poner en vigencia el programa de modernización de la Función Judicial.
5. Se debe proseguir en la reforma del marco legal, y la tarea inmediata debe ser la de promulgar una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial que responda a nuestra idiosincrasia, que establezca una estructura sencilla, operativa, redactada en el lenguaje forense al que estamos acostumbrados, que respete nuestras instituciones y costumbres y que compagine con nuestra realidad económica, social y cultural, de manera que sea un aporte positivo a la tarea de construcción de la democracia y el desarrollo del país.

1. El tema ha sido motivo de preocupación. Puede consultar-

## NOTAS

se sobre el estado de la educación legal en Ecuador, el trabajo de WRAY, Alberto, *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del derecho en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1999.

2. WRAY, Alberto, op. cit., p. 7.

3. HERRENDORF, Daniel E., *El poder de los jueces, cómo piensan los jueces que piensan*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994, p. 51.

4. Entre estas publicaciones, pueden citarse: *Nuevas cátedras para la educación jurídica*, Projusticia, Quito, 1999; *La educación legal en el Ecuador*, Pablo Estrella Vintimilla, Editor, Quito, Asociación Ecuatoriana de Facultades de Jurisprudencia, Corporación Editora Nacional, Projusticia, 2001

5. Uno de los programas más interesantes es el de Especialización Superior en Derecho Procesal que lleva adelante el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en el que participan jueces, fiscales y abogados en libre ejercicio. También merece mencionarse la Escuela Judicial de Postgrado que funciona en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, y que ofrece una maestría.

## NOTAS

6. Ver Presidencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia – Projusticia, *Reforma del sistema de justicia, Plan estratégico integral 1999-2004*, Quito, 1999, p. 36.
7. El objetivo, las actividades, la metodología y las fases del proyecto se describen en un tríptico publicado por la oficina del proyecto, y según información suministrada por Marcos García, coordinador técnico del mismo, al 21 de noviembre de 2001 se hallaban desarrollados los literales (sic) 1, (plan de trabajo para el desarrollo de la consultoría) 2, (informe sobre la asesoría de mecanismos de certificación), 3 (diagnóstico y planes de formación continuada inicial), 4 (diagnóstico y planes de formación continuada penal), 5 (diagnóstico y planes de formación continuada contencioso-administrativa y fiscal), 6 (diagnóstico y planes de formación continuada civil) y 7 (diagnóstico y planes de formación continuada laboral); faltan de desarrollarse los número 8 (plan de asesoramiento) y 9 (plan piloto de arranque de la escuela o unidad de capacitación y estudio de factibilidad): ver oficio CGPJ-FIIAP-PSCJ-00144-16 de 21 de noviembre de 2001
8. DURÁN DÍAZ, Edmundo, Las reformas constitucionales y la función jurisdiccional, en *La reforma de la Constitución*, Hernán Salgado, Compilador, Quito, ILDIS - Facultad de Jurisprudencia de la PUCE; 1988, p. 154, dice: *La mayoría absoluta de nuestros jueces ha salido de las universidades públicas del Ecuador. En ellas, ingresan los bachilleres de todo origen social. De los que egresaron de las Facultades de Jurisprudencia, los más acomodados nunca pensaron en ingresar a la carrera judicial; ellos tenían y tienen asegurado el lucrativo ejercicio profesional. Los demás, los de la clase media, eran los que ponían sus ojos en la carrera judicial o en otras ramas de la burocracia para obtener con su título un sueldo, ya que no se atrevían a entrar al ejercicio profesional por miedo al fracaso. Claro que también hay otros, más valientes, más inteligentes, o que se sienten más capaces, o simplemente los audaces, que entran al foro dispuestos a vencer y en muchos casos lo logran.*  
*Para la Función Judicial quedó el resto: inteligentes muchos y capaces también, pero en su mayoría temerosos de su futuro y por lo mismo proclives al sometimiento, a la claudicación frente al poderoso. Para mantenerse y para ascender se necesita apoyo, y el apoyo eficaz sólo puede darlo el que tiene poder. Entonces, en muchos casos, la imparcialidad se inmoló en el holocausto al beneficio del poderoso que dispensa el favor y el apoyo.*
9. HERRENDORF, Daniel E., op. cit., p. 33-34.
10. HIDALGO LÓPEZ, Luis, *La telaraña legal*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1999, p. 111-113.
11. DE LA RÚA, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 18.
12. DE LA RÚA, Fernando, op. cit., p. 12-13.
13. DE LA RÚA, Fernando, op. cit., p. 15.
14. *Ibíd.*
15. EVALUACIÓN DEL SECTOR JUSTICIA DEL ECUADOR, Análisis legal y administrativo, informe final, CAJ (Centro para la Administración de la Justicia) Quito, junio 1991, cuadro N° 4, p. 29.
16. Registro Oficial suplemento al N°. 93 de 23.12.1992.
17. Fuente: Bolivia, Colombia, Ecuador, Informes de investigación del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Julio de 1999; Perú, Ley de Presupuesto 2000; Venezuela, Ley de Presupuesto General de la República para el año 2000, en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/realjuri/indicado.HTM>
18. Fuente: Bolivia: Tesoro General de la Nación 2000; Colombia: Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección Nacional de Presupuesto – Sección Justicia; Ecuador, Ley General de Presupuesto para el año 2000; Perú, Ley de Presupuesto 2000; Venezuela, Ley de Presupuesto General de la República para el año 2000, en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/realjuri/ind15.HTM>
19. Fuente: Bolivia: Tesoro General de la Nación 2000; Colombia: Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección Nacional de Presupuesto – Sección Justicia; Ecuador, Ley General de Presupuesto 2000; Perú, Ley de Presupuesto 2000; Venezuela, Ley de Presupuesto General de la República para el año 2000 (Población a 1997), en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/realjuri/ind16.HTM>
20. Fuente: Bolivia: Plan Preliminar de Implementación del nuevo Código de Procedimiento Penal. Diagnósticos, 1998; Colombia: Consejo Superior de la Judicatura,

## NOTAS

Informe al Congreso 1997/1998; Ecuador, Dirección Nacional de Recursos Humanos de la Corte Suprema - 1999; Perú, Comisión Ejecutiva del Poder Judicial - Gerencia Central de la Reforma, 1999; Venezuela, División Estadística del Consejo de la Judicatura, en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/realjuri/ind10.HTM>

21. Fuente: Bolivia: Compendio estadístico - 1999; Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 1999; Ecuador, Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia - 1999; Perú, Gerencia del Poder Judicial, Estadísticas de la Función Jurisdiccional - 1998; Venezuela, Consejo de la Judicatura, División de Informática, en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/realjuri/ind9.HTM>
22. Al respecto, véase el artículo de ANDRADE UBIDIA, Santiago, *Algunas consideraciones en torno a tres temas del Nuevo Código de Procedimiento Penal*, en *Juris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Enero 2001, Año II, No. 3, p. 48-49.
23. Disposiciones transitorias cuarta, inciso segundo, undécima y vigésimo tercera, R.O. suplemento al N° 93 de 23.12.1993.
24. Uno de los juristas que ha destacado la importancia de estas reformas es Alberto Wray (en: *Diálogos ciudadanos: sociedad civil y reforma constitucional*, Quito, Fundación Esquel, 1998, p. 194), quien estima que estas reformas introdujeron un cambio sustancial, sin precedentes en la historia constitucional, particularmente en lo que tiene que ver con la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura.
25. El denominar *poder* o *función* no es un asunto de simple terminología. Jorge Zavala Egas (*Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*, Guayaquil, Edino 96, p. 13-14) afirma: *El Ecuador tiene un Gobierno Republicano ya que el Poder político se estructura en base de la división tradicional de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El Poder del Estado se ha fraccionado en tres y éstos son autónomos entre sí, excepción hecha de las relaciones, coordinaciones y mutuos controles que se han previsto para la buena marcha de la unidad estatal. En realidad, nuestros constituyentes han acogido la tesis de la existencia de un solo Poder que ejerce a través de las denominadas Funciones del Estado y así las denomina en la Segunda Parte. Para nosotros, aceptando la realidad normativa de nuestra Carta Fundamental, no puede negarse la existencia de auténticos Poderes Públicos que ejercen distintas funciones: por ejemplo, no puede negarse el Poder Ejecutivo que se ejerce por parte del Presidente de la República... o el Poder Legislativo que lo ejerce el Congreso Nacional... y con más razón aún, el Poder Judicial que lo ejercen junto a la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores, los Tribunales Distritales y demás jueces y tribunales comunes. Con otras palabras: sin negar la existencia del Poder del Estado como cualidad intrínseca de éste, no es menos cierto que conviven con él otros Poderes, que son órganos del Estado, que, por supuesto, son subordinados al único que se concreta en la Constitución. Por eso decimos el Estado es Poder total, pero no ilimitado. Existe el Poder del Estado, pero en la realidad no es sino la sumatoria de los Poderes que ejercen los órganos constitucionales. Así, por ejemplo, no negamos que el Poder que ejercen los jueces sea Poder del Estado, pero ello no implica que no exista el Poder específico de los jueces... Negar la existencia de los Poderes Públicos en tributo a la concepción de un único Poder del Estado, es desconocer la realidad del Estado mismo.* El autor citado desarrolla lo relativo al poder público y la potestad en el tomo I de su obra *Derecho Constitucional*, Guayaquil, Edino, 1999, p. 47-57.
26. Jorge Zavala Egas, en su *Derecho Constitucional*, t. I, cit., p. 55, al tratar de los órganos constitucionales, señala: *...existen órganos constitucionales o supremos. No están sometidos al principio de jerarquía, están en paridad jurídica y, sustancialmente, son iguales entre sí. Esto en cuanto a lo formal, pero, además, sustancialmente, son vitales para la existencia del Estado mismo como es, puesto que en el caso de su desaparición o reforma, el Estado se desorganiza.* Añade el autor: *En el Ecuador son órganos constitucionales supremos el Presidente de la República, el Vicepresidente, el pleno del Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Electoral en su competencia y no mencionamos otros como el Contralor General, los Superintendentes de Bancos y de Compañías, el Procurador General del Estado por estar inmersos en un área propiamente administrativa y no ser vitales para la existencia del Estado.*

## NOTAS

27. ADVERTENCIA: En el presente trabajo únicamente se transcribirá el texto de las disposiciones de los proyectos que se describen, que tengan particular interés.
28. Víctor Manuel Peñaherrera señala que en 1878 se promulgó el Código de Enjuiciamientos Civiles que contenía la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual fue reformado en 1880 y codificado en 1882; la Asamblea de 1883 y 1884 dictó la Ley Orgánica separándola del Código de Enjuiciamientos Civiles, pero en la legislatura de 1885 se derogó la Ley Orgánica y se declaró vigente el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1882 con algunas reformas. En 1890 se separó nuevamente del Código de Enjuiciamientos Civiles a la Ley Orgánica del Poder Judicial. (*Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, t. I, Quito, Editorial Universitaria, 1958, p. 55).
29. El art. 22 dice: **INTERPRETACION DE NORMAS PROCESALES.** - *Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de la defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal.*
30. Así, en el art. 31 se establecen las llamadas "astreintes", o sea la multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla los mandatos del juez con arreglo al contenido de su decisión.
31. Este tratamiento tradicional ha sido reiterado últimamente por el legislador, así es como en el nuevo Código de Procedimiento Penal, (R.O. suplemento al 360 de 13.01.2000), el título I del Libro I trata in extenso de la jurisdicción (capítulo I, arts. 16 a 18) y de la competencia (capítulo II, arts. 19 a 31).
32. En sus *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, t. I, cit., p. 52, dice, citando a Boitard: *Hay para la administración de justicia tres clases de leyes: las de organización judicial, las de competencia y las de procedimiento, y más adelante continúa: Estas tres especies de leyes, íntimamente relacionadas por su objeto, y colindantes por su esfera de acción, tienen, sin embargo, esenciales diferencias. La Ley Orgánica instituye el Poder Judicial sobre las bases fijadas por la Constitución; establece la jerarquía, atribuciones y deberes, condiciones de idoneidad, duración del cargo, etc. de los jueces y demás empleados públicos que intervienen en la administración de justicia. La ley de jurisdicción, presupuesta la organización judicial, fija las reglas según las cuales los individuos interesados se han de dirigir a tal o cual juez o tribunal establecido, y los efectos que han de producir la observancia y la violación de esas reglas. Por fin, la ley de procedimientos determina la manera de obrar, o sea las formas o trámites que han de observarse en el ejercicio de los derechos ante la autoridad judicial, ya organizada e investida de jurisdicción para conocer de estos asuntos."*
33. La colaboración que brindan los conjuces a la administración de justicia merece el calificativo de *ad honorem*, ya que los honorarios que perciben por sus servicios son tan reducidos que ni siquiera merecen el calificativo de simbólicos. La tabla de honorarios actualmente vigente fue aprobada por la Corte Suprema el 15 de septiembre de 1998 (R.O. N° 40 de 05.10.1998) y en los considerandos de la Resolución se dijo que *los derechos que perciben los Conjuces de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de Justicia, no están de acuerdo con la calidad del trabajo intelectual que desarrollan los mismos y que la última tabla que regula los honorarios de los Conjuces data de diciembre de 1977, lo que la vuelve anacrónica e incluso infamante para un profesional del Derecho que colabora en la administración de la justicia*, y procedió a fijar honorarios que, en esa época fueron bastante modestos aunque significaron una mejora sustancial a los anteriores, pero que actualmente, después de la gran crisis económica, nuevamente resultan anacrónicos e inclusive infamantes, según la dura expresión de la Corte Suprema. En efecto, los honorarios para un conjuce de la Corte Suprema son: por sentencia un salario y medio mínimo vital del trabajador en general, o sea SEIS DÓLARES, y por auto definitivo un salario mínimo vital, o sea CUATRO DÓLARES: los que perciben los conjuces de los tribunales distritales y las cortes superiores son: por sentencia un salario mínimo vital del trabajador en general, o sea CUATRO DÓLARES, y por

## NOTAS

auto definitivo las tres cuartas partes de un salario mínimo vital del trabajador en general, o sea TRES DÓLARES; además, tanto los conjueces de la Corte Suprema como los de los Tribunales Distritales y de las Cortes Superiores perciben por la lectura de las fojas del proceso, 0.5 % de un salario mínimo vital, o sea DOS CENTAVOS DE DÓLAR, y por asistir a una audiencia en estrados (que suele consumir medio día o más), medio salario mínimo vital, o sea DOS DÓLARES. Actualmente, cada magistrado debe gestionar personalmente —por lo general en base a la amistad— que un abogado de prestigio acepte el nombramiento de conjuetz. Si se exige que se realice el concurso de merecimientos y oposición para la designación de conjueces, es de temerse que quienes concursen no serán los más idóneos y que los nombramientos se hagan a favor de audaces que busquen el cargo por figurar o, lo que sería peor, para ejercer influencias dentro de la Función Judicial. Únicamente con una mejora realmente sustancial en el tratamiento a los conjueces, que pasa también (aunque no exclusivamente) por el campo de los honorarios, se podrá aspirar a que se mantenga el nivel de conocimientos, honestidad y afán de colaborar que actualmente tienen.

34. En cuanto tiene que ver con la integración a la Función Judicial de la justicia militar, policial y de menores, el proyecto de la Corte Suprema sigue los lineamientos del proyecto de Ley para la Unidad Jurisdiccional que remitió el Consejo Nacional de la Judicatura al Congreso Nacional, en cumplimiento del mandato contenido en la disposición transitoria vigésima sexta de la Constitución Política reformada y codificada, que rige desde el 10 de agosto de 1998, que prevé su incorporación plena estructurada dentro de la organización judicial como fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales, al tenor de lo que dispone el artículo 187 de la Carta Fundamental.

35. La posición del autor, en lo que respecta al papel que les toca desempeñar a los distintos órganos de la Función Judicial, está ampliamente expuesta en el artículo intitulado *El rol de los órganos de la función judicial a la luz de la vigente Constitución Política del Estado*, publicado en *Iuris Dictio*, Vol. 1 N° 1, Quito, Enero 2000, p. 14-18.

36. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 117.

37. El artículo 1 de la Constitución Política de la República, contiene la declaración de la forma del Estado y de la forma de gobierno y es, por su carácter fundamental, aplicable a todas las funciones y entidades que conforman el Estado. Se puede objetar que resulta difícil concebir una administración de justicia descentralizada porque estaría en pugna con el principio de la unidad jurisdiccional, pero esta objeción no toma en cuenta que actualmente son los Tribunales Distritales y las Cortes Superiores las que administran justicia, dicen el derecho de los litigantes en el proceso, y la Corte Suprema realiza el control de la legalidad por vía de los recursos extraordinarios de casación (en todas las materias) y de revisión (actualmente, en lo penal), o sea, la administración de justicia está real y plenamente descentralizada.

38. De conformidad con el glosario del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, R.O. suplemento al 411 de 31.03.1994, *DELEGACION*: es un acto en virtud del cual un órgano administrativo encargará a otro jerárquicamente subordinado el ejercicio de funciones, conservando la titularidad sobre las mismas, en cambio en la *DESCENTRALIZACIÓN*: mediante la descentralización administrativa se transfieren de manera definitiva funciones que desempeñan órganos de la Administración Central a favor de entidades de Derecho Público de la Administración Pública Institucional (descentralización funcional) o del Régimen Seccional Autónomo (descentralización territorial), y por la *DESCONCENTRACION*: la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial.

39. El art. 379 dice: LA ABOGACÍA COMO FUNCIÓN SOCIAL.- La abogacía es una función social al servicio de la justicia y del derecho.

Es garantía fundamental de toda persona el ser patrocinada por un abogado de su libre elección.

40. Se discute sobre la naturaleza de los colegios de abogados; si son personas jurídicas de Derecho Público, entidades autárquicas institucionales con personalidad

## NOTAS

jurídica o personas jurídicas privadas sustitutos de la Administración del Estado en el ejercicio de funciones públicas, según señala Tomás HUTCHINSON (*Las corporaciones profesionales*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1982, pp. 56-111). Este autor añade: *Las Corporaciones son sustitutos de la Administración del Estado en el ejercicio de «funciones públicas». Es ésta una nota característica de estos entes. Las Corporaciones, en su faceta pública, no son titulares originarios de competencias, sino «sustitutos del Estado»... Como «sustitutos» las funciones o competencias estatales ejercidas por estos entes (poderes disciplinarios, policía sobre la actividad, poder certificante y pericial, potestad sancionadora del intrusismo, etc.) supone, por tanto, el ejercicio de una verdadera función administrativa, no porque los Colegios o las Cámaras formen parte de la organización estatal ni sean subjetivamente Administración pública sino porque en estos momentos ejercitan competencias estatales y el Derecho Administrativo les es aplicable...* El art. 393 dice: **REGIMEN LEGAL.** - *Los colegios de abogados se organizarán y funcionarán de conformidad con lo que disponen la Ley de la Federación Nacional de Abogados del Ecuador y más normas legales y reglamentarias vigentes. Son corporaciones privadas sin finalidad de lucro que ejercen potestades delegadas por el Estado* y el art. 394, como lógica conclusión de lo anterior, dice: **IMPUGNACION DE LAS RESOLUCIONES FIRMES.** - *Las decisiones firmes de los colegios de abogados que afecten los derechos subjetivos de las personas podrán ser impugnadas ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del afectado.*

41. Se propone la derogatoria de la Ley para el juzgamiento de los tinterillos, que poco resultado práctico ha dado, y en su lugar se incorporan a la ley orgánica disposiciones actualizadas para el juzgamiento del intrusismo.

42. La comisión de magistrados que elaboró el anteproyecto consideró que, así como a los médicos y odontólogos se les exige que presten su contingente personal al Estado ejerciendo la medicina u odontología rural antes de incorporarse al ejercicio profesional, se debería exigir que los graduados antes de incorporarse al foro presten su servicio de abogacía rural, pero esta idea no fue acogida por la Corte Suprema; sin embargo, debe pensarse seriamente que quienes reciben de la sociedad el beneficio de una formación profesional que les permite obtener una carrera profesional, que por desgracia muchas veces la ejercen sin decoro y únicamente como medio de enriquecimiento, deberían retribuir a esa sociedad por lo menos con un año de su trabajo en beneficio de los sectores más necesitados.

43. Exposición de motivos del Proyecto de Nueva Ley Orgánica de la Función Judicial, preparado por la Comisión de Legislación y Codificación, p. 7.

44. Fernando GARRIDO FALLA, en el prólogo a la obra *Comentarios a la Constitución* (F. Garrido Falla et al. Madrid, Civitas, 1980, p. 11) dice: *Por primera vez en la Historia española, desde la recepción del movimiento constitucionalista a comienzos del siglo XIX, se ha llevado a cabo una tarea de sustitución radical del Ordenamiento fundamental vigente, que ha significado simultáneamente ruptura en cuanto al fondo y reforma en cuanto al proceso a través del cual se ha realizado. Bien significativa es a este respecto la Disposición Derogatoria uno de la Constitución de 1978, con su meticulosa enumeración de todas y cada una de las Leyes Fundamentales que se dictaron durante la etapa franquista.* Esta ruptura tuvo como consecuencia que se debieran dictar nuevas leyes orgánicas para los diferentes poderes, y que por ello la Ley Orgánica del Poder Judicial español sea una ruptura con todo el sistema anteriormente vigente. Pero, en Ecuador ello no ha sucedido, por lo que la premisa de la que parte el proyecto de la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, es una premisa errónea.

45. En la nota anterior se transcribe lo expresado por Fernando Garrido Falla, que es suficiente para poner de manifiesto la diferencia política, sin contar con las de índole económica, cultural, etc.

46. Ley 1/2000 de 7 de enero, BOE N° 7, separata, de 08.01.2000, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 51.

47. Para ilustrar: el art. 1 de la ley española dice: *La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley.* El art. 1 del proyecto en referencia dice: *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre de la República por Jueces y Tribu-*

## NOTAS

- nales que pertenecen a la Función Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley.
48. A manera de ejemplo, en el art. 5 aparece: Sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley, la jurisdicción militar y la jurisdicción de la policía civil nacional la ejercerán sus propios órganos de conformidad con los Códigos y Leyes militares y policiales, en su caso. El art. 187 de la Constitución Política dice que los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales, pero en ningún momento dice que tendrán sus propios órganos de justicia, según sus códigos y leyes, rompiendo el principio de la unidad jurisdiccional consagrado en el art. 191 inc. 1. Lo mismo puede decirse respecto de la justicia de paz, que siguiendo el modelo foráneo, se la pretende municipalizar; en el mismo art. 5 se dice: A cada Municipalidad le corresponde proponer al Consejo Nacional de la Judicatura, la designación de Jueces de Paz, encargados de resolver en equidad los conflictos individuales, comunitarios o vecinales que se promuevan dentro de sus respectivos ámbitos territoriales. Sus resoluciones serán impugnables ante los órganos competentes de la Función Judicial, según lo previsto en esta Ley.
49. Igualmente, a manera de ejemplo, en el mismo art. 5 se establece la acción de clase (class action del derecho anglo-americano): Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos tanto individuales como colectivos para que, en ningún caso, se produzca indefensión. Para la defensa de los intereses colectivos se reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. Cuando estos grupos humanos, claramente identificados por un mismo interés, no tengan personería jurídica, se les reconoce el derecho a ejercer la acción de clase, en la forma prevista en la Ley. En líneas anteriores se ha transcrito lo que, respecto de la adopción de instituciones y experiencias ajenas, dice la exposición de motivos de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil española, p. 51, por lo que no es necesario repetirlo.
50. También a manera de ejemplo, se reproducen los arts. 424 y 435 del proyecto, que son transcripción de los arts. 324 y 325 de la ley española: Artículo 424. El Presidente y los Magistrados de la Corte Suprema y el Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia, tienen el tratamiento de excelencia. Los demás Magistrados, de señoría ilustrísima. Los Jueces, el de señoría; Artículo 425. En los actos de oficio, los Jueces y Magistrados no podrán recibir mayor tratamiento que el que corresponda a su empleo efectivo en la Carrera Judicial, aunque lo tuvieren superior por otros títulos.
51. El art. 224 del proyecto dice: En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Magistrados usarán toga. Poco faltó para que reprodujeran literalmente el art. 187 de la ley española que dice: 1. En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango.  
2. Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura.
52. El art. 127 inc. 1º. y 2º. del proyecto dice: El Consejo Nacional de la Judicatura estará integrado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la Judicatura, que lo presidirá, y de nueve vocales designados por el Congreso Nacional, ocho de cada terna de las propuestas así: una por la Asociación de Jueces, dos por la Asociación de Magistrados de los Tribunales Superiores, dos por la Corte Suprema de Justicia, una por los Colegios de Abogados legalmente constituidos, una por las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades públicas y de las privadas que tienen participación de fondos públicos, y una por el Presidente de la República. El restante Vocal y su alterno serán nombrados por el propio Congreso Nacional. Los nueve vocales serán nombrados para un período de seis años y podrán ser reelegidos de manera indefinida. Los Vocales propuestos deberán reunir los mismos requisitos que exige la Constitución y la Ley para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.  
Los Vocales tendrán sus respectivos alternos, elegidos por el Congreso Nacional de la misma terna propuesta.
53. El capítulo III del título III del libro III trata de la nulidad de los actos judiciales (arts. 298 a 306); en el art. 308, siguiendo el modelo español, se cambia la designación del "decreto" por el de "providencia", no obstante que en nuestro derecho pro-



**NOTAS**

cesal, la palabra "providencia" es genérica y comprende decretos, autos y sentencias, etc.

**54. El art. 484 del proyecto dice: El magistrado o juez que dejare de pertenecer definitivamente a la Institución, después de haber laborado en la Función Judicial por veinticinco años o más, tendrá derecho a percibir, por una sola vez, una bonificación equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio. En caso de fallecimiento del beneficiario, podrán reclamar sus herederos. Igualmente, en los casos de jubilación ordinaria, el magistrado o juez jubilado tendrá derecho a percibir una pensión por jubilación complementaria a cargo de los fondos propios de la Función Judicial, que estará calculada para completar el monto de la jubilación ordinaria al valor de la última remuneración efectiva que haya percibido en el servicio activo e indexarla anualmente.**

**El Consejo Nacional de la Judicatura hará constar en el presupuesto de la Función Judicial las partidas correspondientes.**

**55. Ver nota N° 32.**

# La acción de Hábeas Data

Galo Chiriboga Zambrano

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El desarrollo tecnológico alcanzado por la humanidad es, sin duda, sorprendente. La humanidad puede hoy disponer de gran cantidad de conocimientos e información, que pueden ser almacenados en sistemas electrónicos que tienen la virtualidad de circular a gran velocidad. Esta tecnología permite acortar distancias, oportunidad y rapidez en el acceso informático; pero, por otro lado, invade esferas informativas que los seres humanos tienen derecho a mantener en la órbita de la intimidad. Hay, por tanto, una disputa entre el derecho a la información y el de la intimidad. El desarrollo equilibrado de estos dos derechos debe tener como objetivo una adecuada armonía que permita el avance de la información, pero reservando la protección de parte de esta información, a fin de que se permita, al mismo tiempo, el derecho a la protección de la intimidad. Podríamos sostener, como lo hace Rodolfo Daniel Uicich que *defender la intimidad es un medio para defender la información, pilar básico del desarrollo humano y derecho fundamental del hombre.*<sup>1</sup>

La informática nos permite, actualmente, un manejo automatizado de la información y la telemática la transmisión de los datos a distancia; hay pues un conocimiento al alcance de todos, que facilita altos niveles de progreso en materia cultural, social y económica. El Internet y sus autopistas informáticas se ha convertido en un nuevo medio de comunicación social, de acceso casi ilimitado, que nos permite informarnos de muchísimas cosas -buenas y malas- sin ninguna restricción, ni de sus contenidos, ni por el lugar en que tal información se encuentra.

La actual tecnología nos permite manejar gran cantidad de información pero, al mismo tiempo, la utilización discrecional de todo ese acervo informativo pone en peligro derechos y libertades, cuando hay contenidos erróneos en las bases de datos, o porque se difunden informaciones que la persona tiene derecho a mantenerlas en su intimidad, como es su condición de salud; es, por tanto, indispensable, favorecer legislativamente que quien dispone de la información le de un buen manejo, evitando el abuso, limitando su contenido a fin de no afectar la intimidad, procurar el acceso igualitario, precisamente para que pueda existir un adecuado equilibrio entre el derecho a la información y la protección de la intimidad.

## CONTENIDO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información es uno de los derechos humanos fundamentales que nuestra Constitución protege, derecho que, además, está internacionalmente tutelado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a la información abarca una serie de otros derechos y libertades como a la expresión y a la comunicación pública. La persona humana es dueña absoluta de su pensamiento, sin embargo, este pensamiento en su expresión tiene límites que están fijados por los derechos de los demás.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones, el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión, asegurando el respeto a los derechos o reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública. Es un derecho relativo, que tiene el límite, entre otros, de la reputación de los demás.

El derecho a la información contempla el tener la posibilidad de dar y recibir información; es, por lo tanto, un derecho que involucra no sólo a la persona como individuo, sino a ésta entendida como parte de una comunidad, e involucra a la libertad de investigar, difundir, recibir información y opinión. También el derecho del usuario de la información, esto es, a no recibir información distorsionada, abusiva o falsa.

La información debe ser auténtica y las personas tenemos derecho a pedir su rectificación cuando ésta es errónea, falsa, desactualizada o incompleta.

## CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La libertad es un elemento esencial de todo Estado democrático y es un valor intrínseco del ser humano, que existió aún antes de la creación del Estado como característica consustancial a la naturaleza humana.

La libertad jurídica permite al ser humano desarrollar su personalidad. La libertad, en opinión de Germán J. Bidart Campos, se compone de cuatro aspectos:

- a) *Un estatus personal que depare al hombre la calidad de persona jurídica, con capacidad de derecho, cuya negación absoluta es la esclavitud y la incapacidad total de derecho;*
- b) *Un poder de disposición que, en uso de la libertad, sea susceptible de producir efectos jurídicamente relevantes*
- c) *Un área de intimidad, donde la libertad inofensiva, o neutra, para terceros, quede inmunizada y sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado;*
- d) *Un principio básico a favor del hombre, en el sentido de que todo lo que no está prohibido, está permitido.<sup>2</sup>*

La intimidad es parte esencial de la libertad. Es aquel espacio físico y moral en el cual ni el Estado, ni otras personas, deben entrar y, en materia informativa, la intimidad es aquel ámbito que la persona no desea hacer público.

La intimidad es lesionada por el ejercicio de la información, cuando tal información invade campos personalísimos y a consecuencia de tal intromisión hay un daño al honor. Este campo de autonomía individual está constituido por sentimientos, hábitos, costumbres, situación patrimonial, creencias religiosas, salud mental y física; en otras palabras, acciones, hechos o datos que están reservados al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro para la intimidad.

Para protegernos contra la información que afecta nuestra intimidad tenemos derecho a la réplica, por medio de la cual accedemos al medio de comunicación que hizo pública una información que nos produjo daño o perjuicio, a fin de que tal medio de comunicación rectifique o enmiende la información dañosa. También nos protegen la legislación penal, para la sanción respectiva, cuando con tal información se ha perpetrado un delito de calumnia o injuria y la legislación civil, para condenar el daño moral producido por la información injusta o abusiva y, finalmente, el Hábeas Data que nos posibilita el acceso a una base de datos pública o privada para conocer, modificar o suprimir toda información inexacta y perjudicial que pudiera tener del solicitante.

Igual que el derecho a la información, el derecho a la intimidad tiene su límite. Este límite no está dado necesariamente por negar la posibilidad que un tercero pueda tener conocimiento ocasional y limitado a algo que pertenece al fuero interno, sino a la prohibición de utilizar dicha información en contra de la persona de quien se la obtuvo, o haciéndola pública sin autorización y sin una justificación social, jurídica o científica.

El conocimiento de información íntima, por razones religiosas o profesionales, está sometido al silencio y al secreto, secreto que muchas veces tiene que mantenerse aún en perjuicio del derecho a la información, pues esta información personalísima fue proveída, precisamente, por la confianza de que tal información jamás será revelada y tal confianza es un valor social que debe preservarse, aún a costa del derecho de información.

El derecho a la intimidad abarca aspectos íntimos del ser humano; implica, por tanto, un ámbito que no debe ser conocido por terceros; sería el ámbito de la intimidad absoluta, en opinión de Uicich,<sup>3</sup> también involucra aquello que, siendo de la intimidad de la persona, es conocido por su exteriorización necesaria e ineludible, como el origen racial, creencia religiosa o política, que se las denomina de intimidad relativa.

El derecho a la intimidad incorpora la facultad a supervisar a quienes tienen la información, sea ésta una persona natural o jurídica, pública o privada; por tanto, en razón de este derecho a supervisar, podemos por medio del Hábeas Data:

1. Conocer la información que se registre sobre nosotros y sobre nuestros bienes, en cualquier banco de datos público o privado.
2. Hacer corregir, complementar o actualizar todas aquellas informaciones personales que estén incorrectas.
3. Conocer el uso que se dará a la información y oponerse a dicho uso, si afecta ilegítimamente sus derechos.
4. Prohibir la obtención de datos realizada por medios fraudulentos, o que provengan de una indebida intromisión en un ámbito personal y de privacidad.

#### LA INFORMÁTICA Y LA INTIMIDAD PROTEGIDA

Hay que diferenciar el dato de la información. El dato es tan solo el impulso electrónico que queda grabado en un programa, o sistema que puede ser recuperado. El banco de datos es un archivo de datos almacenados en un medio, para el caso en una computadora. La información que se encuentra almacenada es de una infinita gama de temas, pero para el caso que nos interesa, puede ser de antecedentes penales, incumplimientos comerciales, incumplimientos financieros (central de riesgos), demandas incoadas, etc.

El dato que está referido a una persona en concreto puede tener, y de hecho tiene, información sensible y no sensible; entendiéndose a la primera como aquella que afecta, o puede afectar la intimidad de esa persona concreta, que es la que está destinada a ser protegida.

La protección está dada en primer lugar con la licitud en su obtención, esto es que la recolección de datos se la debe realizar por medios legales y leales. Existen legislaciones que expresamente prohíben recolectar datos sensibles, como ideas políticas, religiosas, costumbres sexuales, raza, uso de estimulantes, etc.

La información obtenida en forma legal y leal, es aquella que ha sido alcanzada a través de una persona autorizada por la ley para obtenerla y que el proceso de recolección garantice que ninguna de esa información se divulgue en tratándose especialmente de información nominativa sensible. Los datos obtenidos se los facilita en base a la buena fe y tal debe ser protegida por la garantía estatal. No ocurre lo mismo con la información anónima y no sensible que es básicamente un dato estadístico general que no es personalizado ni puede ser personalizado, como la mayoría de los datos obtenidos en el último censo del domingo 25 de noviembre de 2001.

La difusión de un dato debe reunir los siguientes pre-requisitos:

- A. Ser autorizado por la persona, sobre todo tratándose de datos personalizados y sensibles;
- B. Ser exacto, esto es que responda con veracidad a la situación;
- C. Ser completo;
- D. Ser actualizado.

Si no se tienen estas características, el dato adolece de calidad y, por tanto, abre el derecho de que, por la acción de Hábeas Data, sea rectificado, actualizándolo, modificándolo lo inexacto o completándolo; y, por cierto, demandando por acción civil los daños y perjuicios contra quien lo di-

fundió sin autorización, en el evento de que tal difusión involucre el cometimiento de una infracción penal.

Los datos no pueden ser recolectados sin tener un fin previamente definido y dado a conocer al titular del dato. La información personal y sensible debe ser poseída sólo para los propósitos previstos en la ley, bien por razones de orden profesional, o científico. Es, por lo tanto, fundamental comprender que estos datos sólo tienen la finalidad para la cual fueron obtenidos y éstos no podrán ser revelados o usados sino en la forma o fin especificados para su obtención. Este dato está garantizado por su confidencialidad.

Los datos se obtienen en un momento histórico determinado, definido por el tiempo de recolección; por tanto se debe prever su caducidad en el tiempo, pues la conservación de ese dato por un espacio temporal demasiado amplio generará inexactitud por lo cambiante de la situación de la persona y su entorno.

### EL HÁBEAS DATA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Naturaleza .- Es una garantía que protege varios derechos, tales como la honra, la buena reputación, la intimidad y también el derecho a la información.

Enrique Falcón, tratadista citado por el doctor Orlando Alcívar, dice que el Hábeas Data es *un remedio urgente para que las personas puedan obtener el conocimiento de los datos a ellos referidos, y de su finalidad, que consten en el registro o banco de datos público o privado y en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.*<sup>4</sup>

Doctrinariamente el Hábeas Data protege la integridad moral de las personas frente a informaciones referidas a su personalidad, tales como: su afiliación política, gremial, religiosa, su historia laboral, sus antecedentes crediticios, policiales e informaciones similares que constan en registros o bancos de datos.

Como muy bien sostiene el doctor García Falconí, el Hábeas Data *resguarda la intangibilidad de la reserva de la vida privada del individuo y su entorno familiar.*<sup>5</sup>

La acción de Hábeas Data nace con el desarrollo tecnológico del mundo actual. Hoy nuestra vida está registrada en instituciones públicas y privadas y, en la mayoría de los casos, no conocemos exactamente el contenido de esa in-

formación sobre nosotros mismos o sobre nuestros bienes. Muchas veces es información incorrecta por falta de actualización de tales registros o bancos de datos y, al circular esa información incorrecta, perjudica su honra y buena fama; siendo real, es información relacionada a hechos privados e íntimos que, al divulgarse, vulneran el ámbito de la privacidad, precisamente, por el carácter de confidencialidad de tal información.

El Hábeas Data **obliga al funcionario** que dispone la información, a **presentar la información**, a explicar el uso que se está dando a dicha información y con qué **propósitos** la entidad tiene esa información.

El Hábeas Data nos garantiza a acceder y verificar la información y, como consecuencia, pedir que se actualice los datos, rectificarlos o anularlos, si fueren erróneos o afecten a sus derechos, fundamentalmente a su honra o intimidad.

En relación a esta garantía, se desprenden tres derechos, como lo sostiene el doctor Diego Pérez Ordóñez: *derecho de acceso, derecho de conocimiento, derecho a la actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos.*<sup>6</sup>

Estos tres derechos confirman el **objetivo básico del Hábeas Data: evitar que el uso incorrecto de la información pueda lesionar el honor, el buen nombre y el ámbito de la privacidad de la persona, como consecuencia de la difusión de esos datos erróneos, incompletos o inexactos.**

Si no se analiza este objetivo básico de la garantía constitucional del Hábeas Data, se presenta, como de hecho se da, una pernicioso confusión entre el Hábeas Data con la **exhibición**, figura típica del procedimiento civil.

La acción de Hábeas Data sirve para proteger al ciudadano de que el Estado, o los particulares, hagan uso de una información incorrecta, inexacta u obsoleta y que, al difundir tal información, se produzcan **discrímenes, calificaciones deshonrosas, etc.**

El Hábeas Data nos permite ingresar a la información y descubrir el contenido de ella y a exigir su rectificación, si ésta **es errónea o afecta ilegalmente sus derechos.** ¿Con qué propósito? Evitar que dicha información incorrecta, equivocada, **circule** y afecte su intimidad, honra, buena reputación o pueda causar un daño moral. En definitiva, se defiende derechos concretos propuestos en la Constitución.

### NOTAS

1. Uicich Daniel Rodolfo. *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
2. Bidart Campos Germán. *Manual de la Constitución reformada*. Editar 1996.
3. Uicich Daniel Rodolfo. Op. Cit.
4. Alcívar Orlando. *Comentarios a la Constitución Política del Estado*. 1a. Edición. Dic/ 98.
5. García Falconi José. *El juicio especial por Acción de Hábeas Data*. 1a. Edición. Quito.
6. Pérez Ordóñez Diego. *Iuris Dictio*. Universidad San Francisco de Quito, enero/01. Año II - No. 3. *El Hábeas Data*.

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

Año II - No. 3. El Habeas Datus

**Farith Simon Campaña**  
Breve análisis de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia y los derechos de los niños  
**José Meythaler**  
Sobre la legalidad y la seguridad jurídica a partir de lo contencioso administrativo

El artículo de Farith Simon Campaña trata de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en materia de Habeas Datus. El artículo de José Meythaler trata de la legalidad y la seguridad jurídica en el contencioso administrativo.

EL HABEAS DATUM EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El artículo de Farith Simon Campaña trata de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en materia de Habeas Datus. El artículo de José Meythaler trata de la legalidad y la seguridad jurídica en el contencioso administrativo.

AVISOS

1. ...  
2. ...  
3. ...  
4. ...



# 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.

# Sobre la legalidad y la seguridad jurídica a partir de lo contencioso administrativo

José Meythaler

La pobre evolución del Derecho Administrativo en Ecuador ha impedido que una parte importante del poder que ostenta la función pública sea racionalizado en miras a lograr un sistema de relación individuo-Estado menos abusiva. Parece evidente que a pesar de los importantes esfuerzos legislativos, representados en las normas sobre proceso administrativo que contiene la Ley de Modernización del Estado y en la vigencia del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, nuestro país no ha sabido completar la reforma iniciada por esos importantes cuerpos de normas, y más bien se empieza a notar un retorno a viejas concepciones jurídico-administrativas, que tienden a devolver poder real a la función pública, lo cual se traducirá en un abuso de la aplicación del Derecho y en una disminución de los derechos y garantías de los individuos en sus relaciones con el Estado y la burocracia.

Resulta ilustrativo ratificar este criterio al analizar que la reforma del Derecho Público en Ecuador iniciada en 1993 con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, no ha significado que se toquen asuntos relativos a lo contencioso administrativo, por ejemplo, o que se continúe con la reforma y uniformidad de los procesos administrativos. Los temas pendientes de una reforma modernizadora forman una larga lista que podría estar integrada por las presunciones de los actos administrativos, la ejecución del silencio positivo, la inexistencia de los actos administrativos con vicios muy graves y la responsabilidad administrativa, entre otros. De momento, lo administrativo sigue siendo un tema complejo y laberíntico, sin una columna vertebral que debería consistir en un sistema de normas de general aplicación a todos los procesos administrativos, en la actualidad inexistente, y con un proceso contencioso tan tortuoso y formalista que ha impedido que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo ejerzan verdaderamente el papel de tutela judicial de los ciudadanos para el que fueron creados.

Puesto que el camino de la reforma del Derecho Administrativo todavía dista mucho de ser recorrido, resulta importante que las universidades ejerzan la presión necesaria

para lograr el cambio jurídico que merece nuestro país y sus ciudadanos, entendiendo dos premisas básicas: la ley es un límite de la libertad individual y social, la racionaliza, la hace responsable. Y esa libertad racionalizada sufre grave quebranto cuando la ley es interpretada y aplicada con abuso, con discrecionalidad, con mala fe o con ignorancia por quienes son los ejecutores del poder del Estado.

Así como los modernos Principios de Derecho Administrativo exigen capacidad, preparación y buen uso del poder por parte de los funcionarios que ejecutan las potestades del Estado, tales características serían intrascendentes al ser logradas de manera general si no tenemos leyes que estén en posibilidad de dar un mejor trato al ciudadano. La aplicación honrada del Derecho Público y la renovación de las normas jurídicas tutelares del acto administrativo, constituyen dos grandes tareas pendientes para el país, y especialmente para el análisis académico.

Para aumentar la honradez intelectual en la aplicación del poder del Estado, el esfuerzo es de carácter cultural y más específicamente académico; se trata de mejorar los conocimientos de los agentes del Estado, facilitando a la mayoría de éstos el acceso a cursos, seminarios, publicaciones y demás medios de información jurídica permanentes, que haga más realizable en ellos la aplicación de lo jurídico, y se propenda de esta manera a un verdadero servicio público. Lo otro, es decir lo relativo a la reforma legal, podría considerarse a partir de ciertas ideas que han tenido mucho éxito en otros países y que han marcado la pauta de la dirección que tiene el progreso del Derecho Administrativo, algunas de las cuales son:

**Lo Contencioso Administrativo.**- La actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encuentra integrada por la Ley 035 de 28 de febrero de 1968<sup>1</sup> y por cuatro reformas importantes, todas en Decretos Supremos de la Dictadura del Gral. Guillermo Rodríguez Lara.<sup>2</sup> Su filosofía obedece a un criterio procesalista-civil, y está compuesto por las mismas etapas de un proceso común, es decir: demanda, contestación a la demanda, pruebas, alegatos y sentencia. En un inicio, las decisiones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo constituían pronunciamientos

de última instancia, lo que se mantuvo con la reforma legal que permitió la descentralización de esta jurisdicción y la consecuente creación de tribunales similares en las ciudades de Guayaquil, Cuenca y Portoviejo. Actualmente, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo constituyen tribunales de instancia, y sus decisiones son susceptibles de ser casadas ante la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a la que se ha trasladado la calidad de Tribunal de Última Instancia y cuyos fallos provocan antecedente jurisprudencial obligatorio siempre que se cumplan los supuestos de la Ley de Casación.

La acción contencioso administrativa se bifurca complejamente en la acción de plena jurisdicción, necesaria para recuperar un derecho subjetivo del recurrente que ha sido cuestionado o negado por la autoridad, y en la acción objetiva, que tiende a la anulación de los actos creados sin específica determinación de un destinatario, cuando los mismos contrarían a la ley. El propósito es lograr el imperio de la ley, y es por ello que no existe un plazo que haga caducar el derecho a plantear esta acción, lo cual en cambio es propio del recurso de plena jurisdicción, que caduca en el término de 90 días de expedido y notificado el acto administrativo cuya impugnación se materializa por intermedio de este recurso.<sup>3</sup> Para cualquiera de los dos recursos se requiere demostrar un interés directo, o sea que el demandado sea titular de un derecho que ha sido afectado de alguna manera por el acto que impugna. Por excepción, hay una acción en la cual el actor no es una persona de derecho privado, sino el órgano o entidad pública que busca con su demanda que el Tribunal deje sin efecto un acto que no puede eliminarlo a pesar de ser su autor. Se trata del recurso de lesividad.

El demandado lo es por lo general la autoridad de la que proviene el acto que se impugna, aunque también pueden ser sujeto pasivo de este tipo de juicios las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición. Tan importante es este último punto, que la ley obliga al Ministro de Sustanciación a hacer conocer la demanda a la persona en cuyo beneficio se haya dictado el acto así no lo haya pedido expresamente el actor en su demanda. Por otra parte, se admite la intervención en el proceso de cualquier persona que tenga interés directo en el mantenimiento del acto, a quien se le considera procesalmente como *parte coadyuvante del demandado*. Esta institución difiere del tercerista coadyuvante del procedimiento civil, en que el soporte del coadyuvante es a favor del demandado, y no del actor, lo cual es propio de la citada tercera civilista.

Puesto que el recurso contencioso-administrativo pretende la tutela de la legalidad en las relaciones Estado-individuo, no es dable que subsista como un proceso entre personas de derecho privado; es decir, no hay proceso contencioso-administrativo en la medida en la cual uno de los demandados no sea un órgano o entidad pública. De todas maneras, hay una sola excepción a la regla, y ésta es que entre los demandados se cuente a una persona privada beneficiada por el acto que se impugna, y que quede como único sujeto pasivo del proceso ante un eventual allanamiento de la autoridad demandada. En este supuesto, el artículo 54 de la Ley manda a que se dicte sentencia, aceptando la demanda, *salvo si ello implicara infracción manifiesta al ordenamiento jurídico, en cuyo caso - el Tribunal- dictará la sentencia que estime legal.*

La pregunta más interesante a este respecto es la que si es posible que el proceso subsista con una persona privada, *coadyuvante del demandado*, una vez que la entidad u órgano público se retira del juicio asimismo por allanamiento. Parecería que la respuesta en este caso, al ser el tercero un *coadyuvante* de la autoridad demandada, es que su presencia procesal se justificaría en la medida en la cual exista esa autoridad demandada a la cual ayudar;<sup>4</sup> pero al no ser parte procesal independiente de la autoridad demandada, el proceso tendría que necesariamente someterse a la situación prevista en el artículo 54 mencionado en el párrafo anterior, es decir a que el Tribunal acepte la demanda o dicte la sentencia que considere apropiada, en cuyo supuesto el coadyuvante carecería del derecho de oponerse al fallo por vía del recurso de casación, lo cual en cambio es un derecho inobjetable de cualquier demandado, entre éstos una persona de derecho privado que así haya sido considerada dentro del juicio contencioso.

En lo demás, el proceso contencioso administrativo tiene muchas semejanzas con los juicios sumarios: no hay reconvencción; las excepciones deben ser resueltas en sentencia; y, la prueba, de ser necesaria, debe agotarse en el término de 10 días, y la sentencia en 12 días más. Sobre la prueba, cabe mencionar que no cabe la confesión judicial del representante del órgano o entidad demandada, sino su informe sobre las preguntas que el actor o la Sala formulen, y que la autoridad demandada deberá acompañar a la contestación a la demanda los documentos en que funda su oposición o señalar el lugar en que éstos se encuentren. Las pruebas pueden ser actuadas de oficio. Y sobre la sentencia, salta a la vista que el propósito del legislador es evitar una demora excesiva del proceso, pero al igual que sucede con el resto de la administración de justicia, la expedición de la sentencia es tradicionalmente tan demorada que hacen del recurso contencioso administrativo una opción procesal poco interesante. De hecho, esa lentitud constituye el principal obstáculo para que la jurisdicción contencioso administrativa pueda desempeñar el papel tutelar que le corresponde. Sorprende gravemente que el Tribunal no pueda ordenar la suspensión del acto o resolución impugnada en forma previa a dictar sentencia, ni siquiera en aquellos casos en que la ilegalidad es burdamente manifiesta, o en aquellos en que puede suplirse la ejecución del acto o resolución por una fianza suficiente. De hecho esta última opción sólo es aplicable al caso de créditos fiscales que son impugnados ante esos Tribunales.

Toda reforma al sistema contencioso administrativo debería tener como mira plasmar en los hechos procesales la necesidad de que el individuo afectado por actos de autoridad abusivos, pueda recuperar lo antes posible sus derechos afectados total o parcialmente por ese abuso. En esa dirección, varias son las reformas que se vuelve necesario debatirlas:

1. La recuperación de la agilidad procesal, y por ello la expedición de la sentencia sin necesidad del término de prueba como regla general. La etapa probatoria sólo debería abrirse en aquellos casos en que la controversia indispensablemente requiere de pruebas adicionales a aquellas que deben acompañarse a demanda y contestación a la demanda.

No hay que olvidar que el proceso contencioso administrativo es el típico juicio en el que se ventilan asuntos de puro derecho, y especialmente en el recurso de anulación u objetivo, en el que se pretende, exclusivamente, cotejar la norma impugnada con la ley, y determinar si hay o no un vicio de legalidad en el acto que amerite que se declare su nulidad.

La reforma debería determinar que actor y demandado acompañen las pruebas que justifiquen sus pretensiones; que la etapa probatoria sea abierta por excepción y no como regla general; que el Tribunal actúe rígidamente en la pertinencia de la prueba al caso concreto, rechazando aquellas que no son importantes para resolver el fondo de la cuestión; y, que se establezca responsabilidades civiles en la propia sentencia para las autoridades que hayan dictado el acto o resolución con manifiesta ilegalidad. Parte de las consecuencias jurídicas previstas en la sentencia debería referirse al reconocimiento retroactivo de los derechos de los particulares que se hayan afectado por el acto o resolución impugnada; y como la excesiva demora en la administración de justicia en este tipo de casos podría lesionar la seguridad jurídica, el término para dictar sentencia no debería ser incumplido sin consecuencias civiles y administrativas para los ministros. El recurso de casación de una sentencia que declare la ilegalidad o la nulidad de un acto, debería suspender los efectos de la misma sólo en el supuesto de que la Corte Suprema así lo declare en su primera providencia, atento el bien jurídico disputado y su trascendencia social. En los otros casos, cabría esta misma suspensión, siempre que el Estado afiance los eventuales daños y perjuicios que puedan causarse al afectado, y, si no lo hace, el acto o resolución impugnada quedaría sin efecto, es decir el recurso de casación podría ser planteado en el efecto suspensivo.

Habría que hacer un análisis prolijo respecto de la variedad de actos administrativos a fin de determinar en qué tipo de actos podría aplicarse un efecto suspensivo del recurso de casación, pero de momento parecería lógico que tal efecto no se aplicaría a aquellos actos que crean derechos a los particulares, en cuyo supuesto sería imprescindible agotar el recurso de casación para verificar si dicho derecho efectivamente se plasma con la sentencia de la Corte Suprema. Éste es un tema de cuidadoso análisis, y es por ello que valdría la pena enfocarlo por separado.

Estas reformas deberían buscar en todo caso un equilibrio entre la agilidad, como sinónimo de efectiva tutela, y la legalidad.

2. Otra reforma importante es el conceder a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo la facultad de suspender los efectos de los actos administrativos cuya impugnación conozcan, y en cualquier momento del juicio antes de sentencia, cuando a criterio de los mismos resulte evidente la afección a las leyes o se pueda producir, con el cumplimiento del acto impugnado, un daño económico de difícil reparación.

La suspensión judicial de los actos no implicaría anticipación de criterio, y la misma duraría hasta cuando se dicte sentencia.

Resulta muy gravoso por la legalidad y para los derechos de los individuos afectados, el que las presunciones de validez y ejecutoriedad de los actos administrativos se manejen más que como una prueba dentro del proceso contencioso administrativo -concretamente, como una cualidad del acto o resolución impugnada que obliga a su cumplimiento- evitándose así que los Ministros de cada Tribunal puedan analizar si esas presunciones admiten su vigencia durante toda la fase del juicio, y hasta cuando se dicte sentencia. Ésta ha sido una de las causas más importantes para disuadir el uso de la jurisdicción contencioso administrativa, y ha servido como un sustento enorme para mantener el sistema de abuso y autoritarismo en el país. Hay circunstancias en que la ilegalidad puede generar iguales o peores efectos que la inconstitucionalidad, y es por ello que resulta incompleto que el sistema de protección de las garantías ciudadanas prevea exclusivamente al amparo como medida de protección constitucional. El sistema debería ser complementado con una limitación judicial de las presunciones de los actos administrativos, dando a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo la facultad de apreciar si esas presunciones acompañan al acto impugnado durante toda la tramitación de la demanda, o quedan limitadas en sus efectos, hasta la sentencia, a ser mera prueba dentro del proceso, desechándose el otro efecto, mucho más importante, de obligar a los particulares a su cumplimiento.

De lo que se trata es que el individuo afectado por un acto cuya impugnación promueve ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo pueda solicitar de dicho Tribunal que en cualquier estado del juicio, y especialmente en su primera providencia, suspenda la ejecución del mismo hasta cuando dicte sentencia. Hay circunstancias en las cuales es preferible sacrificar el principio de autoridad, larga e irreductiblemente defendido por la escuela clásica del Derecho Administrativo ecuatoriano, en aras de proteger la legalidad y los derechos de los individuos en sus relaciones con el Estado. Resulta del todo evidente que esa relación es tan desproporcionada a favor de quien representa al Estado, que una reforma en este sentido tendería a lograr un mejor equilibrio de la misma. Nada más útil que un Tribunal integrado por tres ministros especializados en lo Administrativo, disponga de la facultad de acudir en ayuda del más débil de la relación individuo-Estado, dejando temporalmente sin aplicación aquellos actos cuya ilegalidad aparezca como evidente, o cuyo daño económico o jurídico no pueda ser fácilmente reparado.

En aras de un necesario equilibrio jurídico, cabría conceder a la autoridad el derecho de afianzar los potenciales perjuicios al impugnante y conseguir de esta manera que, no obstante la orden de suspensión de los efectos del acto o resolución impugnada por parte del Tribunal, tal acto se cumpla de todas maneras.

Otro elemento de equilibrio sería detallar con absoluta precisión, y de manera restrictiva, los casos en los cuales el Tribunal podría suspender los efectos de los actos impugnados: los manifiestamente ilegales; los que constituyan delito; los que no provengan del Presidente de la República, etc.

Esta eventual reforma debería ser analizada en conjunción con la agilidad que debe darse al proceso contencioso administrativo, y que lo he analizado en el numeral anterior.

3. Otra de las reformas a analizarse sería el armonizar la jurisprudencia en base a disposiciones más específicas de la ley. Es casi un fenómeno universal el que la doctrina y la jurisprudencia sean fuentes muy importantes del Derecho Administrativo, a lo que se añade la característica propia de nuestro país de tener muy poca legislación en esta área del Derecho.

Hay varios temas en los cuales la jurisprudencia de la actual Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Administrativo, ha resultado gravitante para aclarar vacíos legales importantes, como lo es, por ejemplo, el silencio administrativo positivo; los efectos de la notificación del acto administrativo; la forma de motivación de los actos administrativos, y más. Toda esta importante contribución al avance del Derecho Administrativo puede quedar trunca en la medida en la cual no se sistematice la recopilación y aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, aún a costa de errores jurídicos, como el derivado de varias sentencias recientemente expedidas en las cuales se amplía el término de 15 a 60 días para que las entidades dependientes de la Función Ejecutiva expidan la resolución que corresponda a una solicitud o reclamo de un particular, lo cual implica una confrontación con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado que establece invariablemente el término de 15 días para que aquello ocurra, salvo que una ley especial señale un plazo distinto. La sistematización debería convertirse en una obligación legal, y bajo la directa supervisión de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia debería editarse, publicarse en el Registro Oficial y ordenarse a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo la aplicación de los nuevos precedentes jurisprudenciales. Esto pondría orden, coherencia y disciplina conceptual a la administración de justicia en el área contencioso administrativa y frenaría ciertamente los intentos regresivos en materia de aplicación judicial de la ley, como resulta el caso del juicio 3337, sentenciado por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, en el cual aparecen declaraciones como la siguiente: *La competencia en razón del tiempo afecta a la validez del acto administrativo, cuando este ha sido expedido fuera de los plazos y términos establecidos en la ley, ya que en este caso, la autoridad pública toma resolución, cuando la capacidad jurídica entregada por la ley ha precluido, con relación exclusivamente al caso concreto materia de la resolución. En la especie es evidente que el Consejo (se refiere a la autoridad demandada) tomó la decisión y se formalizó con la expedición del Acuerdo Interministerial impugnado, dentro del término legalmente asignado al efecto. La norma del Art. 28 de la Ley de Modernización no condiciona la ocurrencia del silencio administrativo a la notificación de la resolución pública, sino a la falta de resolución....*<sup>5</sup>

Estas declaraciones de la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo desconocen una posición uniforme de la Jurisprudencia Ecuatoriana y sus

efectos serían tremendamente perjudiciales para los individuos, los cuales se verían enfrentados a la situación de no poder llevar a la práctica casi nunca los efectos de la aceptación tácita, pues, consulto, si la obligación de la autoridad sería la de simplemente expedir dentro de 15 días la resolución, pero notificar esa resolución en cualquier tiempo posterior a esos 15 días, el afectado quedaría sujeto a la discrecionalidad del agente del Estado, el cual podría manejar los tiempos y las resoluciones a su mejor conveniencia. Desde hace mucho tiempo atrás, el criterio de la Jurisprudencia Ecuatoriana ha quedado plasmado en sentencias como la que sigue: *El acto administrativo, llámese acuerdo, resolución o decisión, no se encuentra acabado hasta que se notifica debidamente, porque la notificación es, en cierto modo, la última fase de elaboración de un acto administrativo. Es la diligencia que complementa y concluye una determinación de la Administración Pública. Sin ella el acto no logra plena sustantividad...*<sup>6</sup> Este razonamiento es perfectamente concordante con los más recientes fallos de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, quien, por ejemplo, en el juicio 370/2000, manifestó en sentencia lo que sigue: *La notificación con el acto administrativo no constituye mera formalidad en tanto en cuanto solo por este conducto se puede conocer de la realización del acto administrativo...*<sup>7</sup> Este pronunciamiento también ha sido recogido en el fallo dictado dentro del juicio 311/2000, y forma parte de un esquema legal y conceptual que considera a la notificación el único requisito de vigencia del acto administrativo, de tal suerte que sin notificación no hay acto oponible al interesado; y si el acto no es oponible al interesado, mal puede exigirse a éste que sufra las consecuencias de la omisión de la autoridad de no haber completado la formación de ese mismo acto con su notificación.

Si la jurisprudencia fuere debidamente organizada y sistematizada, ningún pretexto habría para quienes tienen la obligación de aplicar la ley a los casos concretos en cuanto al deber que tienen de evitar la discusión estéril de asuntos ya resueltos, y que lo que provocan es la angustia a los individuos afectados por actos de abuso de autoridad.

No hay peor sistema de Derecho Administrativo que aquel en el cual no sólo que la relación individuo-Estado es desproporcionada, sino que los jueces encargados de la tutela administrativa del individuo ejercen su actividad en defensa de prerrogativas públicas injustas y hasta abiertamente ilegales, como es éste el caso.

4. Finalmente, hay un tema sobre el cual es necesario reflexionar: el recurso de casación contiene normas uniformes para todas las áreas del Derecho, excepto para lo penal, reglada como está tal materia por el Código de Procedimiento Penal.

En lo Administrativo, el artículo 14 de la Ley de Casación contradice la naturaleza tutelar de este campo del Derecho al exigir de los ministros el que se pronuncien sobre el fondo de la cuestión en base a los méritos del proceso una vez, lo cual podría significar que se dicten sentencias con sacrificio de la legalidad.

Si bien es cierto que hay pocos Ministros de la actual Corte Suprema que han forzado la correcta interpreta-



ción de esta norma, como lo ha hecho varias veces la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que sólo de esa manera se logra una mejor administración de justicia. De hecho, tal Primera Sala de lo Civil, en el juicio 199-99, se pronunció de la siguiente manera: *...Al haber el Tribunal de apelación, aplicado indebidamente las normas legales citadas, es procedente casar la sentencia de segunda instancia y dictar la que corresponda en cumplimiento de lo que dispone el Art. 14 de la Ley de Casación, asumiendo esta Sala, desde este momento, las facultades de un Tribunal de Instancia, conforme así lo expresa la doctrina y entre ellos el autor español Manuel de Plaza, quien en su obra "La Casación Civil" dice: una vez dictada la sentencia que se llama de fondo, dicta la de instancia y, por un momento, se convierte en Tribunal de esta clase, y señala en la expresada resolución, los efectos que la casación ha determinado en la resolución de los Tribunales a quo (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, p. 464); coincidente con este criterio es lo expresado por Fernando de la Rúa, que dice: Si el Tribunal estimare que la resolución impugnada ha violado o aplicado erróneamente la ley, la casará y resolverá el caso conforme a la ley y a la doctrina cuya aplicación se declara ... Se concede al Tribunal de Casación la función francamente positiva de aplicar concretamente la norma debida al caso sometido a su decisión, a la manera de una tercera instancia in jure (El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, editor Víctor P. De Zabala, Buenos Aires, 1968, p. 250) y por el autor colombiano Alvaro Pérez Vives, que manifiesta que cuando la Corte halla que es del caso invalidar el fallo recurrido, así lo declara y procede a continuación a dictar la sentencia de instancia. En tal evento, la parte resolutive estará compuesta por una decisión de casación y un fallo de instancia (El Recurso de Casación en Materias Civil, Penal y del Trabajo, 2da. edición, Librería Americana, Bogotá, 1946, p. 144, 145) ( los subrayados son míos).<sup>8</sup>*

Contrariamente a esta posición jurisprudencial de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia,<sup>9</sup> la Sala de lo Administrativo se ha negado en redondo a considerarse un Tribunal de Instancia para efectos de dictar la sentencia que corresponda en sustitución de la que debe ser casada. Dentro del juicio 310/1999, dicha Sala en auto de 30 de julio de 2001, manifestó, entre otras cosas, lo que sigue: *... Lo anterior nos demuestra el absurdo de pretender que si la Sala decide casar una sentencia pase a ser un tribunal de instancia. Semejante disparate jurídico demuestra una confusión entre el recurso extraordinario de la casación con el tan diferente de tercera instancia.*<sup>10</sup> Este razonamiento deja de lado un aspecto substancial: que lo contencioso administrativo tiende a la reparación de la legalidad, afectada por un acto o resolución de autoridad que ha sido expedido en violación de lo que dicha legalidad dispone. Se trata por lo mismo de una actuación judicial tendiente a verificar si las actividades del

funcionario público son consecuentes con los límites de su competencia y si los derechos del individuo que impugna ese acto o resolución, han resultado afectados. Luego de esa verificación, el Tribunal ratifica el acto o resolución por no encontrar méritos para cuestionarlo; o, como en la mayoría de los casos, declara la ilegalidad o la nulidad de ese acto y repone el Derecho a su correcto estado.

En esas circunstancias, no es dable suponer que por errores en la casación o por cualquier otro vicio procesal, inclusive aquellos relativos a la valoración de la prueba, puede declararse válido un acto que la ley lo considera ilegal o nulo. No hay norma jurídica en el Derecho Ecuatoriano que permita que a pretexto de guardar las formas procesales, se mantenga la vigencia de un acto o resolución que debe ser extinguido por decisión de los jueces. Y es por ello que todo el sistema procesal contencioso-administrativo, inclusive el relativo a la casación, debe ser reelaborado en base al principio de que el juez, en ningún caso, puede permitir que subsista un acto viciado, así aquello implique a la Sala de lo Administrativo el volverse un tribunal de instancia, o valorar nuevamente la prueba.

Hay materias, como la Administrativa, en la cual las formas procesales son secundarias. Lo importante es la defensa de la legalidad y el castigo procesal del abuso del poder.

#### LO QUE SE PRETENDE CON LAS REFORMAS LEGALES

Se trata de llegar a niveles de legalidad más apropiados a la necesidad de seguridad jurídica que tiene el país.

Si la falta de garantías de los derechos de los ciudadanos sigue siendo la principal característica de Ecuador como sociedad organizada, entonces nos toca analizar las causas más profundas de la ilegalidad para luego buscar reformas que defiendan al individuo y al inversionista.

Es de trascendencia para el país, y posiblemente uno de los objetivos de Estado, el que al país se le conozca internacionalmente por el respeto a sus leyes y no por los niveles escandalosos de corrupción que subsisten, los cuales podrían verse seriamente afectados si estamos en capacidad de crear estructuras judiciales modernas, dotadas de mecanismos procesales para el control ágil de la legalidad. Si un Tribunal, en días o semanas podría por ejemplo, suspender normas tributarias abusivas; actos que lesionan el patrimonio o los derechos individuales y especialmente los económicos; y en fin, resoluciones manifiestamente ilegales y abusivas; si hubiere una especie de amparo de la legalidad a cargo de Ministros de gran formación y experiencia, parecería que habríamos dado un importante paso para modernizar las estructuras jurídicas del país.

Este artículo tiende a aportar ideas al debate del control de la legalidad, y a motivar un mayor esfuerzo académico de las universidades para que trabajen más activamente en la definición de los objetivos nacionales.

## NOTAS

1. R.O. No. 338, del 18 de marzo de 1968.
2. Los Decretos Supremos, son los números: 1077 (R.O. No. 668, del 28 de octubre de 1974), 1065-A (R.O. 668, del 28 de octubre de 1974), 606 (R.O. 855, del 29 de julio de 1975) y 611 (R.O. 857, del 31 de julio de 1975).
3. Una Resolución Obligatoria del H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo determinó que el término de 3 meses al que se refiere el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe ser interpretado como 90 días término (R.O. 476, sup, del 10 de julio de 1986).
4. *Coadyuvar- Contribuir, auxiliar, asistir o ayudar a la consecución de alguna cosa / Litigar en igual sentido que una parte, pero con cierta independencia.*- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Ed. Heliasta, ed. 1996, Tomo II.
5. Juicio 3337-96, Novartis vs. Consejo Nacional de Fijación de Precios de Medicamentos, sentencia del 16 de noviembre de 2001.
6. Espinoza, Galo, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Publicaciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ed. 1992, p. 72.
7. Juicio 370/2000, Productos Adams vs. Procuraduría General del Estado, sentencia del 23 de noviembre de 2001, no publicada en el Registro Oficial al tiempo de redactarse este artículo.
8. La sentencia 199-99 está publicada en el R.O. 211, del 14 de junio de 1999.
9. De hecho, existen pronunciamientos similares en las siguientes sentencias, convirtiéndose a tal criterio en un antecedente jurisprudencial obligatorio: 88-2001 (R.O. del 10 de mayo de 2001), 334 (R.O. 202 del 13 de noviembre de 2000), 320 (R.O. del 10 de noviembre de 2000), 298/2000 (R.O. del 31 de octubre de 2000), 264/2000 (R.O. del 2 de agosto de 2000) y 287 (R.O. del 14 de agosto de 2000).
10. La sentencia dictada dentro del juicio 310/1999 no ha sido publicada en el Registro Oficial al momento de elaborar este artículo.