

IURIS DICTIO

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO



Agosto 2002

IURIS DICTIO

Año III, N° 6

JURIS DICTIO

Revista del Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito

Año III, N° 6

Quito, Agosto 2002

Director:
Fabián Corral Burbano de Lara

Editor:
Diego Pérez Ordóñez

Consejo Editorial:
Alberto Wray Espinosa
Fabián Corral Burbano de Lara
Lorena Cascante Redín
Diego Pérez Ordóñez

Diagramación, impresión:
AH/editorial 559732 al 35

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	5
SECCIÓN MONOGRÁFICA:	
APROXIMACIÓN AL DERECHO INDÍGENA	6
VLADIMIR SERRANO PÉREZ	
El derecho indígena	7
VANESSA SALTOS CISNEROS	
Derecho indígena: ¿Reconocimiento del "otro" derecho?	23
JUAN CARLOS ANDRADE DÁVILA	
La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales	29
FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA	
Indígenas: Convenios internacionales y legislación	33
NORMAN WRAY	
La consulta como un derecho político de los pueblos indígenas	41
ALBERTO WRAY ESPINOSA	
Justicia indígena: Sus límites constitucionales	49
SANTIAGO ANDRADE UBIDIA	
Aportes al debate sobre justicia indígena: Observaciones y sugerencias al anteproyecto de "Ley de administración de justicia indígena en el Ecuador"	57
SECCIÓN LIBRE	68
HERNÁN SALGADO PESANTES	
La hegemonía del Ejecutivo en el sistema presidencial de Latinoamérica	69
FERNANDO PACHANO ORDOÑEZ.	
Apuntes sobre la interpretación constitucional	75
RAFAEL OYARTE MARTÍNEZ	
Objeciones presidenciales	80
DIEGO PÉREZ ORDÓÑEZ	
Sobre el Estado de Derecho	88
JUAN MANUEL MARCHÁN	
La Corte Penal Internacional: los nuevos desafíos de la jurisdicción universal	99
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA	
Visión del Derecho del futuro	105
REINALDO CALVACHI CRUZ	
Los delitos aduaneros: El contrabando	109
JORGE LUIS GÓMEZ	
Foucault y la nueva filosofía del poder	121
SECCIÓN PENSAMIENTO	126
MARENA BRIONES VELASTEGUÍ	
Entre la muerte y la vida	127
BYRON SILVA	
Eutanasia: Felici vel honesta morte mori	128
FABIÁN CORRAL B.	
Las dimensiones éticas de lo público	133
SECCIÓN JURISPRUDENCIA	141
ALEJANDRO PONCE VILLACÍS	
El derecho de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos	142
RAMIRO AGUILAR TORRES	
El recurso de apelación en materia penal	147
GIL BARRAGÁN ROMERO	
El recurso de casación	163
NUESTROS COLABORADORES	169

Vladimir Serrano Pérez

El derecho indígena

Introducción

La conmemoración de la llegada europea a América, acontecimiento célebre según unos y nefasto de acuerdo con otros, constituyó el escenario para el surgimiento de un movimiento de reivindicación cultural y autonómica por parte de los indígenas. La subordinación a la que éstos estuvieron sometidos en relación a sindicatos, asociaciones campesinas y partidos políticos de izquierda, terminó de manera abrupta. De ahora en adelante, entre los indígenas, no se habló más del proletariado y su revolución, sino de las nacionalidades y pueblos, los que tienen personalidad propia, y que por lo mismo exigirían a los Estados el reconocimiento de su autonomía, cuando no, los más extremistas han hablado de soberanía. Por tanto la participación social y política no se limitaría a la tercera vicepresidencia de una central sindical, sino al rápido ascenso en la dirección del Estado, que se pudo observar a partir de 1992, con el ingreso del partido Pachakutik al parlamento y a los gobiernos seccionales, con lo cual aparecía sin duda un esquema muy distinto de la política ecuatoriana, caracterizado por una gran complejidad muy difícil de descodificar para antropólogos, politólogos y mucho peor en el caso de abogados y juristas.

Por primera vez en la historia republicana del Ecuador los indígenas, como colectivo, alcanzaban poder político, y eso ciertamente en la república, puesto que en la colonia a pesar de la subordinación, el sistema permitía una mayor comunicación entre la república de blancos y la república de indios. Estos últimos mal que bien se encontraban garantizados por un cuerpo jurídico, las Leyes de Indias. En cambio la supuesta igualdad liberal de la república les retiró todas las garantías protectivas, dejando ciertas instituciones mínimas como el Defensor de Pobres a su favor. Solamente en los años 1937 y 1938, con la expedición de un paquete de leyes sociales, se iniciaría la convalidación de los derechos indígenas, siendo por tanto muy llamativos los grandes cambios que se han experimentado a partir del año 1998. Claro está que en el nuevo orden de consideración social y político para los indígenas en el propio Ecuador y en otros países latinoamericanos hay una fuerte influencia internacional, ya que algunos dirigentes mundiales por la conmemoración de los quinientos años, decidieron pedir perdón a los indígenas (el caso del Papa Juan Pablo II), otorgar el premio Nobel de la Paz a Rigoberta Menchú o como la OIT, reformular sus conceptos sobre pueblos indígenas y tribales, para asumirlos en calidad de autónomos, tal como lo señala el Convenio 169 (adoptado el 27 de junio de 1989) sobre Pueblos Indígenas y Tribales que en sus consideraciones preliminares dice: *...Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias institucio-*

nes y formas de vida y de su desarrollo económico y a fortalecer y mantener sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven. Esta tendencia del mundo internacional obviamente iba a tener influencia en el devenir legislativo ecuatoriano y aparte de las sublevaciones y presiones sociales, que comentaremos a continuación, la Asamblea Constituyente de 1998 debió redactar y aprobar un capítulo entero en el título III de los derechos, garantías y deberes, con el número cinco denominado *De los derechos colectivos*, que en la sección primera se refiere a los pueblos indígenas y negros o afro ecuatorianos; sin embargo estas disposiciones constitucionales no representarían un serio problema al sistema jurídico vigente, puesto que bastaría una ley y sus reglamentos para proceder a su aplicación. Así lo que verdaderamente debe motivar estudios y sesuda reflexión es el inciso cuarto del artículo 191, correspondiente al título sexto de la función judicial y al capítulo primero de los principios generales, el mismo que dice: *...Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.* Cabe la pregunta, ¿acaso la Constitución política establece con estas aseveraciones un pluralismo jurídico?, ya que hasta la Constitución de 1998, nuestro derecho ha sido básicamente positivo, la costumbre, podría ser aplicada, siempre y cuando la propia ley lo permitiera. Eso no significó que a lo largo de su historia las comunidades indígenas en la sierra y la amazonía no ejercieran sus propias normas, siendo muy bullados los casos de lo que se dio en llamar aplicación de la justicia por propia mano; por lo mismo de hecho existió un pluralismo jurídico, aunque el un sistema marginara al otro y en muchas ocasiones lo sancionara penalmente. Hoy la Constitución nos lanza un desafío que es preciso recogerlo para, en primer lugar, tratar de desentrañar el significado antropológico y jurídico de las normas de este derecho indígena en postulación; segundo, impulsar el más adecuado contenido de la ley que deberá hacer compatibles las funciones de justicia de las autoridades indígenas, con el sistema judicial; tercero y fundamentalmente, la salvaguardia de los derechos humanos, el mayor triunfo de la conciencia de alteridad universal.

Dentro de este panorama es necesario localizar con acierto histórico el proceso sociopolítico y cultural de los pueblos indígenas, con el objeto de esclarecer el origen de su derecho consuetudinario, recordando que éste es lo mismo que la costumbre en términos jurídicos, tal como lo recuerda el ilustre filósofo del derecho uruguayo Eduardo J.

Couture, pues costumbre viene del latín *consuetudo dinis*¹ que a su vez se deriva del verbo *consuesco -ere-* = acostumar. Siendo necesario desde ya descartar semejanzas de la costumbre jurídica indígena ecuatoriana, como se lo ha hecho en algunas publicaciones últimamente, con el derecho consuetudinario británico, cuyo origen es medieval y parte principalmente del pronunciamiento de los jueces, es decir de la jurisprudencia, tratándose por tanto de muy distintas manifestaciones culturales y jurídicas.

A pesar de que el estudio de la costumbre jurídica o derecho consuetudinario entraña dificultades de estudio típicas de las tradiciones populares (mitos, leyendas, folklore en general), en el caso ecuatoriano la ubicación de fuentes no es imposible, siempre y cuando prevalezca la objetividad y la coyuntura política o el partidismo, no ejerzan dudosas hermenéuticas sobre el pasado. Así por ejemplo si bien es cierto que permanecen algunas instituciones de la época de los señoríos y el incario (en el caso de la región andina), como la *minga* (trabajo a favor de la colectividad) o el *maki-ta mañachy* (ayuda mutua), prácticas sociales que sobre todo en el caso de las primeras devino en una obligación jurídica colonial, mantenida hasta hoy en las comunidades e incluso en la tradición urbana. Sin embargo la organización comunitaria actual indígena, sincretizada, claro está, proviene de la época colonial y la legislación indiana y muchas de las sanciones penales, como el uso del látigo, parecen originarse en la era hacendaria, conforme lo van descubriendo investigadores como Fernando García.² Por tanto si hipotéticamente es correcto hablar del derecho consuetudinario indígena, es porque son las circunstancias históricas y míticas de un pueblo las que lo posibilitan, y en el caso de los indígenas ecuatorianos, ellos han pasado de mandatos no escritos en la época de los señoríos y el incario, a un derecho positivo en el dominio hispano y de nuevo a normas no escritas en la república, vinculadas a la hacienda.

Sustentados en las reflexiones anteriores, emprendemos este estudio sobre el Derecho Indígena Ecuatoriano, con la intención de hacer modestos aportes en esta acalorada temática al momento tan confusa. Para ello es necesario profundizar sobre las relaciones de la antropología y el derecho, ubicando la génesis de este último en la cultura, revisar la historia del movimiento socio-cultural-indígena, tratar de ubicar instituciones jurídicas en los señoríos y el incario, analizar el derecho indiano; y encarar la aparente confrontación que existe entre derechos individuales y colectivos, para finalmente estudiar el proyecto de ley que cursa en el Congreso Nacional, con la denominación: *Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas*.

Cultura y Derecho

La antropología es una de las ciencias humanas que más requisitos cumple para constituirse en un conocimiento holístico. Ciertamente esto no la excluye de caer en reductivismo y por tanto resulta una aventura señalar que el derecho tal como lo conoció Roma, no haya sido un fenómeno universal, sino una particularidad del pueblo latino compartida con los griegos. Tal peligrosa aseveración podría recibir como réplica el hecho de que Babilonia por una parte y la India por otra, milenariamente antes que los romanos, contaban ya con los códigos de Hammurabi y Manú; sin embar-

go, la propuesta formulada puede argumentar que aquellos no han sido cuerpos legales propiamente dichos, sino mandatos de tipo religioso, carentes de la especificidad del derecho, que es el *sustratum juris*, es decir la esencia jurídica misma o fundamento de la ley que en apariencia no tiene que ver con lo sagrado sino con lo civil. Por lo mismo, aún insistiendo en la dificultad señalada, se podría decir que todo el derecho escrito aparece básicamente como un fenómeno de la cultura llamada occidental.

Una discusión aún más enconosa la mantendrá la sociología del derecho, en razón de que éste puede haber antecedido al Estado y por lo mismo existir sin él, aunque también la interrogante podría desembocar en inquirir si el Estado nació con los reyes o antes. El pueblo judío se constituye en una clara demostración que la administración de justicia fue ejercida por jueces antes de la existencia de los reyes y que por el contrario la propia esencia religiosa judía abominaba la institución real, creyendo que la manera más armónica de convivencia estaba en manos de los jueces. Según Pedro Kropotkin³ la palabra alemana *könig*, más tarde traducida como rey, habría sido utilizada para una naturaleza de juez; por lo tanto es probable que la concepción de que un hombre conociera y se pronunciara sobre las leyes fue bastante más universal, es decir arquetípica, de lo que se podría pensar, aunque las leyes mismas (ley viene de *lege* que significa leer), hayan caracterizado únicamente a los pueblos que formularon y dieron utilidad a los alfabetos, mientras que los ágrafos desarrollaron el derecho consuetudinario (que viene de *consuetudo, dinis*, que significa costumbre).

La hipótesis de que el derecho, especialmente el positivo, pueda constituir un producto de una cultura específica, le ubicaría en igual situación que la Filosofía, ya que reconociendo los singulares esfuerzos de muchos tratadistas, resulta muy difícil homologar el discurso filosófico al mítico. Puesto que el primero es producto de una mentalidad o conciencia caracterizada por la razón, esto es un pensamiento lineal de causas y conclusiones, que diferencia y reduce; mientras que el segundo se halla en el ámbito del pensamiento circular, que une y proporciona sentido, explicando la realidad a partir de hechos extraordinarios fuera del alcance humano. En este orden de cosas, es posible entender que los romanos evolucionaran, desde un derecho consuetudinario, el *mos maiorum* (la manera de proceder de los antepasados) fundamentado en el mandato de los dioses, a una ley escrita y producto de circunstancias de motivante actualidad. Ciertamente que la palabra *auctoritas* por ejemplo, tendrá una raíz que le emparenta con augurio y Augusto, título que le otorgaría el Senado a Octavio Julio César, luego de sus triunfos ante Marco Antonio y Cleopatra, lo que habla de un origen claramente mítico, para nuestro actual y racional concepto de autoridad.

Es interesante asimismo señalar que la ciudad romana surgida de las profundas transformaciones que se produjeron durante el siglo VI y la primera mitad del V a.c. estaba dividida religiosamente en dos mitades: una *urania* vuelta hacia el cielo y la otra *ctónica* con un santuario situado fuera del *pomerium*, en las primeras faldas del monte Aventino, con lo cual fue posible relacionar a plebeyos y patricios, pues el Capitolio, donde se elevaba el templo de Júpiter, era la colina patricia por excelencia. Entendiéndose en esto la presencia de una dualidad, de motivo semejante a la existen-

te en el Cuzco, que denominaba *hanan* la parte alta de la ciudad y *urin* la baja, identificándose con claridad el origen mítico de las instituciones, las que sin embargo se tomarán individuales, para finalmente derivar en el Estado, en el primero de los casos y en el grupo o colectivo, en el segundo.

Las anteriores disquisiciones nos sirven para encontrar raíces del derecho más allá de la significación de su propio mito, o acontecimientos que la historia ha verificado, esto es las revoluciones atenienses y romanas. Lo que quizás pueda facilitar un mayor entendimiento de la dimensionalidad jurídica en las culturas y, por tanto, acercarnos al derecho indígena que nos corresponde estudiar e interpretar, no desde una óptica etnocéntrica que sería característica del derecho como producto exclusivo de la cultura occidental, que ha sido la hipótesis trabajada a lo largo de estas líneas, sino basándonos en una comprensión del mismo, como un suceso universal, cuyo desenvolvimiento estaría condicionado a un tipo especial de conciencia humana, producto de un desarrollo biológico-cultural, tal como lo entendió uno de los más célebres autores que han incursionado en el estudio de la humanidad, Johann Jacob Bachoffen, quien formuló la existencia de un derecho femenino, previo al gobierno de los varones y que permitiría comprender el apareamiento de la ley escrita o quizás, más correctamente, los mandatos escritos, simultáneamente en pueblos como el romano, el hebreo y el griego, fruto de un nuevo orden mental cultural conocido como el patriarcado. Bachoffen fue un abogado e historiador del derecho, extrañamente más conocido por antropólogos y psicólogos que por juristas.⁴

De acuerdo con el autor al que seguimos, patriarcado y derecho positivo se encuentran inextricablemente unidos, pues el apareamiento de los jueces y posteriormente de los reyes generaría un nuevo orden, donde el mítico concepto de justicia hallaría notables variaciones. Europa fue invadida por pueblos de pastores hacia el año 1000 antes de Cristo, los que terminarían dando forma a la cultura greco-romana, por lo tanto al *nómos* y a la *lex*. Los arios fueron patriarcales, abrogaron a la diosa y establecieron sistemas basados en la supremacía de la ley sobre los lazos de familia y de sangre, tal como ocurre en el mito referente a la casa de Tebas, en su tercer ciclo en el cual Antígona la hija de Edipo, es condenada por Creonte su tío, debido a que dio piadosa sepultura al cadáver de su hermano en contra de la ley que expresamente lo prohibía. Igualmente en la Roma antigua acontecieron episodios alrededor de la llamada gens Horacia. La leyenda cuenta que hacia el siglo VIII a.c. en una de las típicas revueltas de los *curiáceos* que eran los campeones de Alba, un joven patricio denominado con el mismo nombre de su *gens*, mató a su hermana que habían traicionado la causa romana, pues Camila llora a su prometido que es uno de los *curiáceos*; el asesinato de un miembro de su propio grupo se considera como una traición contra el Estado. La situación jurídica es clara. Corresponde que su acto sea primero juzgado en el tribunal de la familia en que el padre es soberano. El anciano llora a su hija, pero se niega a condenar al único hijo que le queda pues siente el natural amor parental. Sin embargo absuelto por el tribunal familiar, Horacio debe contar también con la jurisdicción del rey que castiga los actos de alta traición; en este caso, el rey que es al mismo tiempo padre no puede dejar de aplicar la ley,

el castigo es: una tunda de palos y luego la decapitación con hacha. Cuando está a punto de aplicarse la tortura Horacio apela a sus conciudadanos en quienes reside la auténtica *maiestas* es decir la superioridad jurídica, y se salva.⁵

Este es un claro caso en que aún el propio padre se ve obligado a condenar a su hijo en razón del desacato a la ley y más bien el pueblo responde acudiendo al antiguo derecho consuetudinario, matriarcal que obligaba a la misericordia y reconocía los lazos de sangre.

Las características de los incas parecen ubicarlos también en el ámbito patriarcal, sobre todo con sus famosos mandatos *ama quilla*, *ama llulla* y *ama shua* (no ser ocioso, no mentir y no robar), bastante cercanos al decálogo mosaico, con miras a establecer límites en sociedades asentadas en zonas selváticas, caracterizadas por la libre expresión de instintos y deseos. El Incario manejó una estupenda organización que le permitía controlar territorios extendidos en cuatro mil kilómetros de distancia, gracias a su rígida jerarquización y al desarraigo de los pueblos rebeldes. Ricardo D. Rabinovich⁶ encuentra la existencia de dos derechos en el Tahuantinsuyo, el primero que correspondería a los ayllus, cuya característica era ancestral y consuetudinaria, y el del Tahuantinsuyo, que poseía un proyecto unificador. Los ayllukuna tenían un sistema jurídico sin teleología deliberada, obviamente espontáneo. En toda la región andina los señoríos cohesionaban a los ayllus, mas no les arrebatában sus poderes como ocurrió finalmente con el Cápac-Apu-Inca, que se convertía en el sujeto de todos los derechos. Por lo mismo los ayllus corrían el riesgo de perder su libertad. Rabinovich cree que los incas concibieron un embrión de personería jurídica, esto no es característico del pensamiento mágico-mítico pues se trata de una abstracción, lo cual psico-antropológicamente no es dable, ya que la relación entre los seres humanos la entendían los pueblos de este estado de conciencia como directa entre personas tangibles, es decir un hombre y su jefe y nada semejante a la idea del Estado moderno. Razón por la cual, incluso en nuestros días, es difícil en el propio kichwa encontrar acepciones demasiado abstractas, salvo quizás el concepto de Pacha.

Salvando la última digresión, confirmamos que los incas vivieron una lucha entre el patriarcado existente en los ayllus y los señoríos con la idea unificadora y dictatorialista (haciendo las salvedades respectivas del concepto occidental) del Tahuantinsuyo. Es entendible entonces que una vez disuelto el Incario, con la invasión europea, los ayllus convertidos en comunidades, hayan regresado a su derecho consuetudinario, absorbiendo algunas instituciones incásicas como la de la *minga* y posteriormente muchas que provendrían del derecho indiano hispano. Cabe insistir en que aparentemente el derecho indígena en dos ocasiones regresa a la consuetudinaria, la primera con la conquista incásica y la segunda al producirse la independencia y al aparecer la república que en la forma y en el fondo, retiró toda protección jurídica a los indígenas, pasando a depender del régimen de la hacienda, hasta que en la actualidad la Constitución Política del Estado al establecer en los artículos 83 y 85 la existencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos, abre un nuevo capítulo en la historia del derecho indígena.

El proceso de un movimiento social cultural

La comprensión del movimiento político-indígena pasa por un acercamiento estricto a la historia, que ha sido vivida en el caso ecuatoriano en los últimos cuatrocientos sesenta y nueve años. El ubicarla únicamente como previa a la llegada de los hispanos y el creer en un congelamiento de cuatro centurias, corre el riesgo de fraguar falsos mitos que lo único que harán es convertir al Ecuador en jirones, confrontados unos con otros, al mismo tiempo que se acentuará el racismo y el resentimiento. Por este motivo es tarea fundamental llenarse de elementos de juicio, que surjan de fuentes de valor histórico incuestionable. En este sentido parece necesario iniciar refiriéndose al estado de los pueblos indígenas en el área andina a fines del siglo XV.

Sin duda al emprender la comprensión de la cultura indígena, desde cánones europeos, el Incario constituía una unidad política cultural extraordinaria muy semejante al imperio romano. Precisamente en razón de traducir la realidad local a la comprensión europea, el inca Garcilazo de la Vega homologaría el Tahuantinsuyo a los comportamientos políticos y legales de los reinos europeos. De esta manera Atahualpa devenía en un bastardo, semejante al fundador de la casa de Trastámara en Castilla, Enrique II el de las Mercedes, o cualesquiera de los bastardos tan comunes en el siglo XV, que llegaron a reinar en Nápoles y otros pequeños Estados italianos. Empero, el propio odio reflejado por Garcilazo de la Vega, expresa la rivalidad de *panacas* que será desentrañada por los etno-historiadores como la dinámica relacional de los grupos familiares en la cultura cuzqueña. Entonces solamente en los últimos tiempos y con grandes esfuerzos se ha logrado descubrir, algo de una historia ofuscada por el partidismo o las antipatías de los cronistas de la conquista en relación al último de los incas.

Parece acertado señalar que los españoles obviamente no desmontaron la organización del imperio incásico, aunque la desarticulaban a favor de sus particulares intereses explotativos. Razón por la cual la institución de los cacicazgos se mantuvo incólume (hasta que fue suprimida mediante decreto por Simón Bolívar) y pasaron a formar parte de la propia estructura colonial, siendo ésta la herencia incásica para la actual organización indígena, a la que se juntarían las novedades venidas de España con los cabildos, alcaldes de naturales y el llamado Protector de Indios. En este contexto habría que tratar de entender también las famosas sublevaciones indígenas que perturbaron la vida colonial y que estuvieron muy ligadas a la tributación, aunque la rivalidad expresa de *llactayos* (indígenas de antigua permanencia en el país) y *mitimaes* o *mitimas* (grupos de pobladores llegados desde el sur del Tahuantinsuyo), que haría su comprensión difícil hasta el siglo XVIII. Hay que recordar que en el caso ecuatoriano los cañaris en el sur y los cacicazgos aledaños a Quito, prestaron ayuda a los españoles en contra de la resistencia de Rumiñahui y que hubo caciques colaboracionistas que llegaron a recibir grandes honores de los hispanos, como encomiendas, obrajes y aún escudo de armas. Tal el caso del laticungueño Sancho Hacho de Velasco y el peruano Felipe Huakra Paucar, cuyas armas se las puede encontrar en el Diccionario Nobiliario Hispanoamericano de los García Caraffa.

La instauración de la república modificará de manera extrema la situación de los indígenas, que perderán la legislación que bien que mal aceptaba sus perfiles culturales y bajo la dominación de la hacienda (esto siempre en referencia a la región interandina y a los quijos de la Amazonía), cuyos inicios habría que ubicarlos en el siglo XVIII y con duda en ocasiones que fuera legítima sucesora de la encomienda, se iniciará un régimen de servidumbre, en el cual su calidad de ciudadanos de la república en la práctica no será reconocida. De todas formas más allá de las naturales críticas que ha suscitado la hacienda como unidad económica, social y cultural⁷ cumplió un papel conflictivo de contención a la propia cultura indígena, que continuaba su desarrollo pese a las adversas condiciones en las que se desenvolvía.

Las llamadas sublevaciones o levantamientos indígenas, que nacieron en los albores de la etapa colonial en sí, continuaran a lo largo de la república. En la gran mayoría de los casos han tenido motivaciones reivindicacionistas coyunturales, ya que por lo general obedecían a agobiantes cargas tributarias, en ocasiones podían alcanzar verdaderos caracteres políticos, aunque en territorio ecuatoriano no llegó a producirse una revolución como la de Túpac Amaru en Perú. El tratadista Segundo Moreno insiste que: *El elemento común en todos los movimientos es, por lo tanto, su aparición dentro de una estructura que responde a una situación colonial, en la que los estratos inferiores, ante la incapacidad de defender sus derechos por otras vías recurren a la violencia.*

*Aunque los participantes en los movimientos subversivos, a primera vista aparecen homogéneos y su situación análoga como pertenecientes a la capa inferior de la sociedad, es posible comprobar que provenían de distintos grupos étnicos con grado de vinculación a la estructura colonial diferente. Esta apreciación hace que las autoridades españolas distingan claramente entre sublevaciones organizadas por grupos indígenas y rebeliones con mayor o menor participación de elementos mestizos.*⁸ Entonces tempranamente hubo alianzas inter-étnicas, que permitirían entender a la actual Pachakutik, como brazo político de la CONAIE, la que sin duda a partir de 1990 mostró su fuerza movilizadora y proyecto autónomo.

La CONAIE nació en las vísperas de la celebración del quinto centenario. En el hecho habrán influido las varias reuniones internacionales de antropólogos, que haciendo eco a la contracultura, iniciaron la valoración de lo nativo en América. En 1968 el Congreso Internacional de Americanistas de Stuttgart, a propuesta de Robert Jaulin, expresó:

1. *Protestamos por el uso de la fuerza como instrumento de cambio cultural en los programas de desarrollo social y económico y en la alineación de las tierras indígenas.*
2. *Pedimos a los gobiernos responsables que adopten medidas efectivas para la protección de las poblaciones indígenas.*
3. *Exigimos que los gobiernos tomen serias medidas disciplinarias contra los organismos y personas responsables de actos que van en contra de la declaración internacional de los Derechos Humanos...*⁹

Fue luego de esta reunión que se popularizaría el término de etnocidio, de cuño del propio Jaulin, con el que se conoce actualmente todo acto que conduce a la degradación o

desaparición de la cultura indígena de cualquier región del mundo. Estas reuniones llegaron, entre otras cosas a censurar de manera acre lo que se conocía como el *indigenismo*, tendencia social orientada a integrar a las etnias americanas a los Estados occidentalizados dominantes. En Ecuador hay que recordar que en las décadas de los veinte y los treinta nacía la llamada novela indigenista ecuatoriana, con Jorge Icaza, Fernando Chávez y Angel Felicísimo Rojas, que hicieron *llorar al mundo*, conforme el decir de Juan Montalvo, al mismo tiempo que surgían los ensayos de interpretación de la realidad indígena entre los cuales cabe mencionar *El Indio Ecuatoriano* de Pío Jaramillo Alvarado. La revolución liberal no había tocado el problema indígena, como se expresaba Enrique Terán en su novela *El Cojo Navarrete*. Solamente el reconocimiento simbólico de un generalato, para Alejo Sáez (indígena de los páramos centrales de la provincia del Chimborazo), que le fue otorgado por Eloy Alfaro, recordaría a los liberales la existencia de ese grupo poblacional, que no tenía que ver con sus intereses comerciales.

Socialistas y comunistas, nacidos también en los años veinte y treinta, consideraron a los indios sus naturales aliados para el inicio de la protesta y la revolución social. Pero esto era cuestión de proletarios urbanos y los indios amaban demasiado su tierra y tendían al mutismo, pero no por eso se les dejó de integrar en sendas extensiones campesinas de las centrales sindicales, con lo cual dejaban de ser indios, es decir estar encuadrados culturalmente para pasar al genérico de oprimidos, no bien vistos por Carlos Marx, pues no los valoraba como vanguardia revolucionaria, papel que únicamente tenían los obreros. La Iglesia Católica protagonizó una reivindicación distinta, por una parte los salesianos y por otra el obispo Proaño, aceptaron al indio como tal, justificando su cultura, con lo cual dieron origen a la conformación de las organizaciones regionales étnicas y, en cierto modo a la CONAIE.

De esta manera el *indigenismo* que inspiró proyectos en Naciones Unidas, la Misión Andina u otras como el Instituto Indigenista Latinoamericano, cedería paso al *indianismo*, la rasante sociología a la personificante antropología, y así el Congreso de Ollantaytambo de 1983, proclamó:

*Reafirmamos el indianismo como la categoría central de nuestra ideología porque su filosofía vitalista propugna la autodeterminación, la autonomía y la autogestión socioeconómico-política de nuestros pueblos y porque es la única alternativa de vida para el mundo actual en total estado de crisis moral, económica, social y política.*¹⁰ El indianismo se conflictúa de esta manera, con los movimientos sociales clásicos de inspiración marxista que, al igual que los liberales, tienden a menospreciar lo cultural a favor de la uniformidad proletaria, lo cual en la propia Unión Soviética llevó a enfrentamientos de prolongación hasta nuestro tiempo.

Mientras el indigenismo concebía al indio como un pobre o marginado, objeto de redención, el indianismo ha proyectado (término que lo tomamos prestado de la psicología) sobre él la figura del *mesías*, llamado a salvar a las sociedades dominantes de su propia destrucción y en esto se constituye en heredero de las concepciones dieciochescas del buen salvaje. Siendo por tanto objeto de nuevos mitos que, sincretizados con los anteriores se hacen presentes en el movimiento indígena actual, con el principio de una nueva era (Pachakutik), en que brillará la justicia para los indígenas y

sucumbirán los opresores, todo lo cual estuvo en boca del brevemente intronizado triunviro Antonio Vargas el 21 de enero de 2000.

El indianismo cuenta y ha contado con partidarios interétnicos, como se dijo con anterioridad. Así, redundando en el tema, recordemos que un buen grupo blanco y mestizo apoyó a José Gabriel Córdorcanqui Túpac Amaru II, cuando intentó hacer un imperio independiente de España. Hoy de suyo el Pachakutik es un grupo de alianza entre los indígenas culturalistas y ex militantes de la izquierda marxista, los mismos que han fraguado importantes reformas legales, comenzando por la Ley de Desarrollo Agrario y llegando hasta el capítulo V de la Constitución Política vigente.

El Derecho en los Señoríos y en el Incario

Al abordar este tema volvemos a la controversia inicial sobre la naturaleza cultural del derecho y, por ende, la confrontación: derecho positivo- consuetudinario. Pues el primero ha relegado al segundo todo lo que no tiene que ver con lo claro, es decir escrito y por lo mismo en muchas ocasiones las costumbres y usos son denominados como folklóricos, sin que se los de el rango de jurídicos. Pudiendo de nuevo asaltar la idea de que el derecho es un producto típico occidental, que a su vez lastimará a antropólogos e indianistas y no sin razón; en todo caso la solución del problema estaría en investigaciones profundas sobre la costumbre jurídica amerindia, lo que hasta la presente fecha cuenta con pocos cultores.

Al tratar de considerar algunas ideas sobre el derecho en los Señoríos y el Incario, será bueno aceptar como válidos estos dos conceptos etnohistóricos como posibles delimitantes de una investigación. Está claro, además, que al menos en el primero de los casos la costumbre jurídica regularía relaciones interpersonales más que propiedad, jerarquía antes que normas públicas, puesto que la idea de propiedad privada en el sentido occidental no era concebible, aunque sí límites de acción sobre la tierra.

El principio de la reciprocidad prevaleció en las relaciones, el *maquita mañachy* o *randy randy* obligaba a unos con otros, sin que haya beneficio que quedara sin compensarse. Si alguien recibió la ayuda expresa para cosechar o construir debía devolverla. Hubo costumbres andinas al parecer comunes a lo largo de la cordillera, como la mencionada, que permitieron además la generación de una economía solidaria. El *Servinakuy*, conocido en castellano como el matrimonio a prueba, parece ser otra de estas instituciones antiguas, incluso anteriores al Incario, mediante la cual una pareja se une temporalmente, a fin de experimentar vida en común. Si se adaptan continuarán la relación, sino de lo contrario se separarán.

La cultura dominante occidental buscó extirpar las formas de casamiento indígena e imponer las del matrimonio cristiano sin lograrlo, pues aún en nuestros días, se la ejerce. Es interesante señalar que la palabra *Servinakuy* proviene de una contracción castellana: servi, es decir servicio y de un afijo kichwa *nakuy* que significa mancomunidad. Como señala Héctor Cornejo Chávez, el *Servinakuy* viene a ser así, literal pero eufemísticamente, una suerte de unión de mutuos servicios. Obviamente esta costumbre tan antigua no ha recibido ningún tratamiento legal.

Siguiendo a la etnohistoria, se entendería que los señores, una vez asimilados al Tahuantinsuyo, tenderían a reflejar su estructura. Hay que recordar, como se dijo antes, que el Tahuantinsuyo tuvo como origen la alianza de *ayllukuna* (plural de ayllu) de la zona del Cuzco y aledaños, al frente de las cuales se colocó el ayllu kichwa, los mismos que una vez que concluye el período Tiahuanaco-Wari, comienzan a desplegar una política de expansión y conquistas, emergiendo un sistema cada vez más complejo de intervención sobre los diversos sistemas productivos de la región a través de los rebaños de llamas utilizados como transporte carguero.¹¹

El Tahuantinsuyo fue un proyecto centralizante, que se hallaba inmerso en el principio de la obediencia bajo rígida jerarquización. La etapa mental mágico-mítica en que encontraron los españoles a los incas no permitía el apareamiento del derecho tal como lo podemos entender hoy. Como bien dice Rabinovich, no era posible la existencia de un derecho privado, puesto que no había acepción de libertad. Si bien todos estaban obligados a trabajar, ya fuera de modo indirecto, cuando cumplían con las mitas, mingas o asignación rotativa a las obras o servicios públicos, o indirecto, al ocuparse en las tareas indicadas a su ayllu por el gobierno central, no podían disponer del producto de su esfuerzo, que debía ser derivado al sistema estatal de almacenamiento y redistribución, previo reservar lo necesario para autoabastecerse. Dice Rabinovich: Como el origen jurídico de la obligación laboral no era un contrato, en vano buscaremos contraprestación alguna: el derecho del trabajador (y eso de derecho dicho en sentido amplio) se limitaba a permanecer como sujeto pasivo de la política de distribución de productos, y gozar de la protección que el gobierno brindaba, de modo inmediato o a través del curaca local. Nadie puede elegir su trabajo. Pero éste puede derivar de las características físicas de una persona, tal el caso de los *chaskikuna* o correos o de las *acllakuna*, conocidas como vírgenes del sol; de nuevo es entendible que la libertad no era parte de lo que el autor francés Jean Romey llamó el Imperio Socialista de los Incas.

El Inca constituía el sujeto por excelencia en una comunidad grupal y por tanto sus mandatos eran los equivalentes a una ley; el autor mencionado dice con razón que: Esta desigualdad de niveles jurídicos se desprendía de la diferencia ontológica que el Tahuantinsuyo oficialmente predicaba entre todos los hombres por un lado, y el rey por el otro. Éste, al cumplir con los estrictos rituales previos y concomitantes con el acceso al poder legítimo, veía transformada, por obra del Inti, su naturaleza en la de un dios. Ya no era humano, y entonces mal podría estar sometido al derecho de los hombres. Es más: él hacía el derecho.

El afán centralista de los incas muchas veces se vio enfrentado con las costumbres de los señoríos, así por ejemplo una de ellas en los Andes era la de guardar las momias de los muertos en las casas de los familiares. Guamán Poma de Ayala menciona una de las *Incapsimi* (mandatos del Inca, de la mejor manera que se lo puede traducir) que dice: mandamos que todos entierren a sus difuntos en sus bóvedas y pucullos y que no les entierren dentro de sus casas.¹² La disposición incásica fue la de construir tumbas, los restos arqueológicos demuestran la desobediencia a tal mandato.

Está claro que en la costumbre jurídica indígena actual prevalecen algunas de estas instituciones del Incario que,

como se dijo en títulos anteriores; los propios españoles las usaron en su favor. Por este motivo conviene recordar sus denominaciones que corresponden concretamente a funcionarios, o más bien dicho, delegados del Inca en el cumplimiento del ordenamiento imperial, éstos eran:

Inkaprantin	Representante del Inka
Inkapsimin Quipucuc	El contador de las palabras del Inka, perifrases por ley
Inka Watac Incap Siminmanta Watac Camayuc	Apresador, alguacil
Tucuricuc	Apresador
Michuc	Gobernador, el que todo lo ve
Tahuantinsuyo Camachiconchik	Juez
Taripac	Miembros del Consejo Real
Unanchac	Justiciero
Kawuario	Calculador
	Protector ¹³

Lo que podríamos llamar el derecho en el Incario se mantuvo en las mismas condiciones de la época monárquica en Roma, cuando el rey recibía de manera directa los mandatos de Júpiter, la abstracción se encontraba todavía en ciernes y la condición de ágrafos no dio lugar al apareamiento de la ley propiamente dicha, aunque se discute aún el profundo significado de los *quipus*.

El Derecho Indiano

En continuidad de nuestro plan de encontrar las fuentes de la Costumbre Jurídica Indígena (Derecho Indígena), es necesario que nos detengamos sobre el Derecho Indiano, es decir el conjunto de normas legales y disposiciones administrativas que en España se fraguaron para América, desde los comienzos del siglo XVI y hasta los primeros años del XIX, y el como se interiorizaron en la propia cultura india. Hecho que ocurrió ciertamente en el transcurso de tres siglos, pero que al mismo tiempo demostró indudable flexibilidad frente a las etnias nativas, aunque con aviesos fines de dominación.

Pérez Luño,¹⁴ señala con acierto que para España no era posible realizar la ocupación de América sin una base jurídica y doctrinal. Así se pretendió aplicar al caso las Partidas (monumental recopilación efectuada en época del rey castellano, Alfonso X el Sabio), porque:¹⁵ *España no halló un continente vacío. Por eso su actuación hubo de ser política, de relación con otros hombres agrupados en sociedad, así se tratara de tribus errantes....., o de imperios más desarrollados, como el azteca o el inca. Las siete partidas prevenían que en el supuesto de formarse o hallarse nuevas islas en el mar, cuya decimos que debe ser de aquel que la poblase primeramente* (Ley XIX, Título XXVIII, 3). En el caso de territorios poblados su señorío o dominio no podría lograrse por ocupación, sino por el consentimiento de sus habitantes, por matrimonio o herencia o por concesión del Papa o del Emperador (Ley IX, Título I, 2). Esto obligó a considerar la existencia de un status jurídico-político de los pueblos recién encontrados y por tanto suscitó reflexión y discusión en los centros universitarios. Juan López de Palacios Rubios, catedrático de Cánones en la Universidad de Salamanca, autor de *Tractatus Insularum Maris Oceani et de Indis Servitute non Regendis*, y el dominico Fray Matías de Paz, catedrático de prima en la Universidad de Valladolid, autor del libro *De Dominio Regum Hispaniae Super Indos*, parten de la universalidad del Derecho Natura, fundamentado

en la esencia humana, para reconocer la libertad de los indios y, por tanto, para impugnar su condición de esclavos, aunque condicionan esa libertad a la incorporación de los nativos americanos a la religión cristiana tras ser invitados o requeridos hacerlo.

Estas doctrinas serían la base de un documento jurídico que se denominó el **Requerimiento**, el que pretendió legitimar la ocupación de las tierras americanas por los españoles, implementándose a partir de la Junta de Valladolid de 1513, y en cuya elaboración y redacción participó activamente Palacios Rubios. El **Requerimiento** tomaba como fuente al relato bíblico de la conquista por los israelitas de la tierra prometida. Josué **requirió** a los idólatras que habitaban Jericó para que entregaran la tierra que Dios había prometido al pueblo hebreo. De manera semejante, los españoles podían con justicia requerir a los indios la cesión de sus territorios, puesto que el Papa Alejandro VI, como representante de Dios en el mundo, había concedido aquellas regiones a la Corona de España en virtud de la Bula *Inter Caetera* del año 1493. La práctica del **Requerimiento** consistía en la lectura, ante un escribano y testigos, de un documento en el que se instaba a los indios a aceptar la soberanía de España y la religión cristiana. Si accedían al **Requerimiento** se les consideraba como súbditos libres de los reyes españoles y se respetaban sus bienes; si lo rechazaban quedaba expedito el recurso a la guerra para garantizar su sumisión, lo que lamentablemente no era nuevo en América pues, *mutati mutantis*, actitud semejante tenían incas y aztecas.

La institución del **Requerimiento**, siguiendo a Pérez Luño, no pudo dejar de causar extrañeza aún en los propios contemporáneos. Así, se esgrimieron diversos argumentos en su contra: que era una consagración fáctica de la desigualdad entre quienes lo imponían y sus acatantes; para éstos era una especie de contrato de adhesión obligatoria, que no admitía otra respuesta más que el sometimiento, implicando la contradicción de pretender anunciar el mensaje liberador evangélico mediante la imposición forzada de la fe cristiana. Partía de la falsa premisa de que los destinatarios podrían comprender plenamente su sentido y que su última finalidad más bien era una coartada para encubrir los abusos de los conquistadores que deliberadamente prescindían de intérpretes, o de cualquier procedimiento para volverlo inteligible y facilitar el sometimiento.

Bartolomé De Las Casas, obviamente, fue uno de los más firmes críticos de tal procedimiento, quien llegó a calificarlo de **injusto, impío, escandaloso, irracional y absurdo**, porque vacila sobre sí *cosa es de reír o de llorar*, ilustró su opinión en el testimonio del bachiller Anciso, Martín Fernández de Enciso, quien publicó en Sevilla en el año 1519 una *Suma de Geografía* en la que narra el suceso glosado por Las Casas, quien refiere que un cacique de la provincia de Cenu (actual Colombia) respondió al **Requerimiento** diciendo que el Papa, al conceder sus tierras al Rey de Castilla, debía estar fuera de sí, porque daba lo que no era suyo, y el Rey de Castilla estaría también loco cuando tal gracia recibió, **y mayor culpa en venir o enviar a usurpar los señorios ajenos, de los suyos tan distantes**.¹⁶

Así, bajo la premisa de la contradicción, nacerían las Leyes de Indias, que regirían a los territorios americanos durante tres siglos aproximadamente. Para el estudio de tales instituciones jurídicas es posible contar en la actualidad con

una publicación de Ediciones de Cultura Hispánica del año 1973, en la cual se encuentra la **Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias mandadas imprimir, y publicar por la Majestad Católica del Rey don Carlos II**, se trata entonces de una monumental recopilación en cuatro tomos efectuada hasta el año de 1680, pero de las que se pueden extraer importantísimos elementos de lo que en la actualidad constituye el derecho consuetudinario indígena, puesto que mientras las repúblicas abrogaron estas leyes, los indígenas en el término más estricto de la palabra, se **acostumbraron** a ellas, manteniéndolas como una de las bases de su vida, pues se incorporaron a su propia cultura.

Las Leyes de Indias consisten en mandatos, expresiones claras de intenciones político-administrativas con la finalidad de gobernar. No hay duda de su esencia protectora y tutelar, donde la dominación queda revestida de paternalismo, intentando separar lo que se denominaba la república de blancos de la de indios. Para lo cual establece la existencia de las reducciones, procurando que éstas fueran áreas **insulares**, de acuerdo a lo estipulado en el Tomo II, Libro Sexto, lo cual generó que en lo que más tarde sería América Latina aparecieran asentamientos poblacionales puramente indígenas y ciudades de blancos. Siendo así que en las relaciones geográficas, se dice lo siguiente: *y porque no era posible doctrinar a estos indios ni hacerlos vivir en policía sin sacarlos de sus escondrijos... se pasaron y sacaron en las reducciones a poblaciones y lugares públicos y se les abrieron las calles por cuadras, conforme a la traza de los lugares españoles, sacando las puertas de las calles...*

En estos pueblos que agora están reducidos... se les hicieron obras públicas y de policía como en los de españoles: cárceles, casas de cabildo y hospitales en que se curen, y porque... para deprender a ser cristianos, tienen primero de saber ser hombres y que se les introduzca el gobierno y modo de vivir político y razonable, y para que tuvieren gusto... les deje mandado... que en sus cabildos se sujetasen los indios y platicasen y tratasen lo que entendiesen era necesario para su gobierno, y que para la ejecución de el, eligiesen entre sí alcaldes y alguaciles... De esta forma terminaría abriéndose al contacto étnico, aunque no hay duda que las reducciones han constituido la piedra angular de las actuales poblaciones indígenas, vale decir, las comunas y en ocasiones, reservas étnicas.¹⁷

Dejemos hablar a un hispanófilo sobre el mérito de las reducciones: *permítasenos concluir que la reducción constituía la escuela primaria del indio, siempre que el doctrinero cumpliera con su deber. El apartamiento de todo peligro para la vida moral de aquel, si el claustro merecía respeto de la gente cuya acceso le daban las leyes. Constituía freno de los abusos contra la propiedad del indio, siempre que las autoridades tomarán a pechos preservarla y defenderla contra sus enemigos blancos o solapados. Por desgracia, la clausura no fue respetada de ordinario y las disposiciones de la Gran Colombia, la destruyeron a título de protección de la libertad e igualdad del indio. De esta manera se frustró el humanitario propósito de las Leyes que quisieron proteger a los naturales contra la desmoralizadora acción de elementos extraños a la República de los Indios*.¹⁸ Este criterio puede sonar muy conservador y, por lo mismo, es un reflejo de la tendencia de la Iglesia Católica a tutelar al indígena, sin ser considerado como sujeto de libertad y sí propenso a vi-

cios, que debían ser impedidos o reprimidos. Nos podríamos preguntar si no estará en esto el origen de los castigos corporales que hoy se ejercen en las comunidades o incluso los juegos que hubo en la hacienda y las amonestaciones de padrinos, que como en el caso de la comuna de Lumbisí (cuya historia trataremos más adelante), involucraban latigazos, en número solicitado por sus padres.

Las Leyes de Indias mantuvieron los cacicazgos, los que se constituyeron en elementos de vinculación entre las dos culturas. Los caciques conservaron sus privilegios, aunque fueron abolidas las costumbres de que la remuneración fuese en especies y, sobre todo, la entrega de las hijas de los indios a manera de tributo. Pero quizá una de las instituciones que más llama la atención es la de Protector de Indios, que tuvo como antecedentes la protectoría de obispos y fiscales, en los inicios de la dominación española en América. Aún en la propia Europa existió en la Roma antigua un defensor de la ciudad y en la Edad Media, los defensores de pobres. El primer gran Protector de Indios en América fue el propio Bartolomé De Las Casas, quien ya había ejercido de tal, sin necesidad de nombramiento. Sus funciones se hallan en el Libro Sexto, Título Sexto, la Ley Tercera que dice: *Mandamos, que en las ciudades donde hubiere audiencia, elija el virrey, o el presidente un letrado, y procurador, que sigan los pleitos, y causas de los indios, y los defiendan, a los cuales señalaran salario competente en penas de estrados o bienes de comunidad, o donde no hubiere especial consignación. Y ordenamos que en ningún caso puedan llevar derechos, sobre que los virreyes, y presidentes impongan penas graves a su arbitrio.*¹⁹

La controversia es grande sobre su eficacia, en función de los testimonios recogidos por autores como Diana Bonnett,²⁰ pues aparentemente los protectores partidarios delegaban su trabajo a escribientes que *Éste es el que hace las peticiones de los indios y no de balde con que vienen a tener dos protectores, que mas les sirve de gravamen y perjuicio que de utilidad.* De todas formas los protectores abordaron asuntos relativos al despojo de tierras, ventas y arriendos, conflictos por caminos, etc.; quizás uno de los casos interesantes es el de la Comuna de Lumbisí, tan antigua como la ciudad de Quito, la que logró, con apoyo de Protectores de Naturales, ganar un juicio a las monjas de la Concepción y conseguir para sí seiscientas hectáreas.

El caso Lumbisí

La comuna de Lumbisí fue constituida en el año 1534, con yanaconas de Diego de Tapia, los que comenzaron a habitar la vertiente oriental de la loma del mismo nombre, a tres leguas de la entonces ciudad de Quito; dependían del cacique de Cumbayá, llamado Collahuazo. Las primeras confrontaciones se inician en 1570 cuando don Francisco Coñamasa y el común de los indios de Lumbisí se oponen a la venta de su tierra. El cabildo de Quito había entregado en 1535 estos territorios al conquistador Diego de Tapia, a cuya suerte pasaron a los indios, aunque administradas directamente por el convento de San Francisco. Germán Alemán, nombrado por los franciscanos administrador, tomó la decisión de vender las tierras y las entregó a Diego de Torres a pesar de la oposición de los indígenas, quienes inmediatamente comenzaron a litigar por ellas.

Documentos posteriores señalan que en el anejo de Lumbisí se había formado una reducción con capilla, cofradía y demás requisitos necesarios, desde 1590. Continuando con la sucesión de acontecimientos en el año 1555 Lumbisí pasó a manos de Rodrigo de Paz Maldonado e Isabel de Aguilar, quienes la legaron a su hijo Alonso de Aguilar, el que a la sazón ejercía la rectoría de la Iglesia Catedral. A esta propiedad se sumarían los llamados préstamos de los indígenas quienes le solicitaban les adoctrinara.

En 1670 recrudescen el litigio, según los documentos, ahora entre don Miguel Paullán y el común de los indios de Lumbisí, quienes confrontan a las monjas de la Limpia Concepción por la posesión de las tierras que ilícitamente habían llegado a manos de Aguilar. Las monjas las compraron a Aguilar en el año 1600, por la suma de diez mil patacones de plata corriente, al mismo tiempo se afirma que Diego de Tapia trajo a los abuelos y bisabuelos de los indígenas desde los pueblos de Chambo y Licto en Chimborazo y que a cambio de las tierras que habían dejado en esos lugares se les entregó algunas en Lumbisí.

En 1664 se dicta sentencia favorable a las monjas y se ordenó a los indígenas que si se quedaban dentro de las tierras de la hacienda gozando de la asignación que se les hiciera, tendrían la obligación de servir en ellas, comprometiéndose en cambio las monjas a pagar el tributo, darles una fanega de maíz, capisayo y pagar el diezmo por ellos. Si no aceptaban estas condiciones desalojarían inmediatamente el lugar y las monjas pagarían las mejoras. El total de tierras que Aguilar había vendido a las monjas alcanzaba una extensión de ciento veinte caballerías, que incluía todo el valle aledaño a la pequeña cordillera. Sesenta y siete años después, los indígenas continuaban en posesión de esos terrenos y en 1741 el administrador del convento solicitó a las autoridades se hiciera cumplir la sentencia, sin que se produzca acción judicial alguna.

En 1762 el Protector de Indios toma cartas en el asunto, pues debe atender la denuncia de que los habitantes de Lumbisí están obligados a prestar servicios en las haciendas de Itchimbía y Chilligallo, propiedad de las mismas religiosas de la Limpia Concepción. Se señala que estos servicios se deben cumplir por turnos de un mes cada uno y que aquello genera que quienes realizan estas tareas estén alejados de sus familias y no asuman las responsabilidades frente a sus sembríos, sin que, por otro lado, reciban más paga que aquella que se les daba en Lumbisí.

El Protector exigió que se procediese a un interrogatorio respecto al poblado de Lumbisí, a los antecedentes de los indígenas, las relaciones establecidas con el sacerdote Alonso de Aguilar y solicitando esclarecimiento sobre las relaciones de trabajo entre las monjas y los indígenas. Actuando de esta manera con gran eficiencia que ayudó al mantenimiento de los naturales en tierras de Lumbisí, aunque el administrador Bernardino Gacitua se las ingenió para no presentarse. Sin embargo los lumbiseños amagaron una sublevación, revolcándose en el suelo (ancestral costumbre andina para demostrar asiento en la tierra), al mismo tiempo que revolcaban a un diablillo de madera con sus cuernos y demás insignias que los escultores colocan a los ángeles caídos. Además sacaron de su capilla la imagen de la Virgen de la Concepción y echaron llaves a las puertas del edificio. La abadesa respondió con petición de auxilio a las autoridades, exigiendo ayuda para someter a los rebeldes.

Así continuó el conflicto y en el año 1800 se dictó sentencia favorable para las monjas, y otra vez se conminó a los indígenas a abandonar Lumbisí o a concertarse libremente al servicio del convento. Treinta y dos indígenas optaron por esta alternativa, sin embargo en el año 1802 los lumbiseños, con el apoyo del Protector de Indios, que nuevamente se muestra solícito y eficiente, apelan al rey de España, el que expide una cédula, que dice:

EL REY

Presidente regente y oidores de mi Real Audiencia de Quito.

En carta del 21 de abril de 1.803 dio cuenta el Fiscal de ella, acompañado testimonio de los Autos seguidos en la misma, entre el Monasterio de Religiosas de la Concepción de esta ciudad y los indios que habitan el terreno de Lumbisí que se declarase propia del Convento y despojase a los indios; exponiéndose que hallándose dicha población reducida en el propio terreno y término de Cumbayá de tiempo inmemorial y que con las calidades prevenidas en las Leyes; porque el Monasterio de las referidas Religiosas ha querido tenerla en continua agitación y movimiento a pretexto de llamarse duelo de aquellos sitios comprendidos en una de sus heredades.

Que jamás pudo manifestar su pretendido dominio con título legalizado según las formalidades dispuestas para esos reinos; con todo y no obstante que nada pudo importar para que se hiciese novedad en la población que el Monasterio hubiese hecho constar la permanencia de los terrenos a su favor atenta la Ley catorce, Título tercero, libro sexto que para las reducciones sean efectivas determinasen quiten las tierras necesarias a los españoles, con reserva de su justa recompensa en otra parte, sobre que insistió la Protectoría y esforzó el Fiscal, a pesar de fundamentos tan claros, consiguió el Monasterio triunfar de los miserables indios, verificado le negaseis la manutención en el terreno a menos que se sujetasen a las calidades que el Monasterio les impusiese sobre su servicio: Que esta Providencia suplicó el Agente Protector haciendo ver el agravio irrogado a los infelices indios en los que se hubiese descompuesto su población a menos que quedasen sujetos a servidumbre el Monasterio con perjuicio de su libertad recomendada por las Leyes como protegida del derecho natural: y que como sin embargo de tan fundados reclamos y sin Audiencia del Fiscal con esta nueva instancia se hubiese mandado llevar adelante lo determinado con el agregado de las costas a una gente tan indigesta y pobre, con lo que se ha resuelto la ruina de la población, o el detrimento de la libertad, todo con infracción de las Leyes exponiendo a estos Vasallos a que de no sujetarse a lo segundo, anden peregrinos y vagantes con trastorno de los intereses de la Religión, de los del Estado y la Justicia: pide al referido Fiscal el pronto y eficaz remedio porque claman aquellos naturales. -Visto en mi concejo de Indias, con lo expuesto por mi Fiscal: he resuelto volváis a examinar el asunto con la mayor circunspección; y si, los indios están perjudicados expuestos a algún deterioro contra sus privilegios y lo que mandan las Leyes y Reales Cédulas y verificándose el más leve, toméis la Providencia oportuna, oyendo de nuevo al Fiscal, que podría

haber interpuesto el recurso correspondiente con la formalidad debida, diciendo de nulidad de lo determinado sin Audiencia suya, y aún todavía pudo y debió usar e interponer los recursos extraordinarios que en el caso fueron competentes. Los que os participo para que como os lo mando tenga el puntual y debido cumplimiento esta es mi Real resolución en inteligencia de que por Cédula separada de esta fecha se participa a dicho Fiscal. -(f) Yo, el Rey.- Por mandato del Rey Nuestro Señor.- (f) Silvestre Collar.²¹

Sin duda en una historia fundamentada en generalidades, en que se inserto la *leyenda negra* sobre España y su presencia en América, el caso Lumbisí resulta una novedad particular, en que España actúa a favor de los indígenas y el protector de naturales resultó eficiente. Por supuesto, el arraigo terrígeno de los lumbiseños fue el factor primordial, para que al final, en 1824, dos años después de la independencia, el Consejo de Indias fallara a favor de esta pequeña comuna ubicada en los suburbios de Quito y dicha tierra sigue en manos de los descendientes de los yanacunas de Diego de Tapia hasta la presente fecha (aunque casi los pierden por obra de la cooperativa Jaime Roldós Aguilera en 1980). No es de extrañar entonces que el derecho indiano, por su reiterado ejercicio en la historia indígena, se haya convertido en uno de los fundamentos de la costumbre jurídica que ahora debe reconocer el derecho ecuatoriano, por lo prescrito en la Constitución Política vigente.

Conflicto entre derechos colectivos e individuales

El movimiento indígena, historiado en el título anterior, consiguió de la Asamblea Constituyente de 1998 la consagración de lo que se ha dado en llamar los Derechos Colectivos. En el capítulo V se establecen derechos en relación a las comunidades indígenas y afro ecuatorianas, el medio ambiente y los consumidores, trayendo con ello confusión jurídica según algunos comentaristas, al fusionar lo que serían propiamente derechos colectivos, donde sujeto y objeto del derecho son claros, con lo que se ha conocido con el nombre de derechos difusos, naturaleza y consumidores, en los cuales los derechos reconocibles son difíciles de identificar. Sobre todo la legitimación procesal podría ser objeto de controversia. Aparentemente los constituyentes no tuvieron claro este importante aspecto de la doctrina jurídica, aunque esto debe anotarse sin profundizar, pues el objeto de nuestro estudio son propiamente los derechos colectivos.

Desde el nacimiento contemporáneo de las constituciones políticas, esto es en Norteamérica y Francia, el derecho constitucional ha tenido una especificidad individualista. Los derechos humanos consagrados en una u otra de estas constituciones han privilegiado, y no sin razones históricas a la persona, su integridad, la libertad, la propiedad, la libre expresión etc.; por lo mismo repudiaron cualquier tipo de corporativismo o constrictión que anulara los derechos así considerados naturales. A esta expresión de los derechos humanos se le ha denominado de primera generación, esto es vinculado a las revoluciones de independencia de los Estados Unidos y francesa; huelga señalar que los estados hispanoamericanos nacieron bajo estas enseñanzas. Mientras que desde la segunda mitad del siglo XIX surgiría con fuerza el derecho llamado social, especialmente ligado a los sindica-

tos, defensores de la persona del trabajador, con lo cual se abriría una segunda generación de los derechos humanos, los cuales recibirían garantías de carácter internacional con la creación de la OIT como organismo de Naciones Unidas. Aún antes de esto en el caso ecuatoriano, el gobierno de Enríquez Gallo expediría un Código del Trabajo, una Ley de Cooperativas y la propia Ley de Comunas Campesinas. La Constitución de 1945 destacaría por su intención social y aparecería en Ecuador un nuevo concepto de Estado de Derecho, que rebasando la tradición individualista hablaría del Estado Social de Derecho. Aún más ciertos autores a partir de la década de los setenta mencionarían al Estado Social y Ecológico de Derecho.

En la década de los noventa las Constituciones Políticas Latinoamericanas, iniciarían una apertura hacia los derechos colectivos (casos colombiano y boliviano), *estableciendo* disposiciones de salvaguardia de la cultura indígena. La propia Constitución ecuatoriana de 1978 auspiciada por un fuerte espíritu comunitario se preocupaba también de la cultura indígena, *señalando* en el artículo 27 lo siguiente: *...en los sistemas de educación que se desarrollen en las zonas de predominante población indígena, se utilizará como lengua principal de educación el Kichwa o la lengua de la cultura respectiva, y el castellano como lengua de relación intercultural*, lo que daría más tarde ocasión al establecimiento del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe.

Con estos antecedentes cabe decir que la aceptación del derecho colectivo pasó por una comprensión de su existencia, lo cual no resultaba fácil debido a que el reconocerlo suponía el rompimiento de la unidad de los Estados nacionales; puesto que aún en nuestro tiempo en que el esclarecimiento es mayor, se prosigue identificando Derecho con Estado y aunque eso pueda pertenecer a la realidad política, no rige en la dinámica social y antropológica, donde el derecho prospera consuetudinariamente, teniendo como ejecutores a jueces. Esto le llevará a decir con razón a Bartolomé Clavero²² que: *el derecho de un pueblo que no forma Estado se sitúa, sin necesidad de constituirlo, a un nivel equivalente al estatal y no a otro por muy comunitario que también sea. Este específico derecho colectivo se predica del pueblo antes que del Estado, o sólo del pueblo incluso en principio pues, por serlo, es por lo que le corresponde al Estado, al pueblo que se ha autodeterminado en sentido de constituirse estatalmente. Es derecho de pueblo, derecho así común al Estado no indígena y a la comunidad indígena. Ésta puede precisar, en consideración a su cultura y a su territorio, en atención a sí misma, el mismo tipo y grado de condicionamientos, limitaciones y exclusiones de libertades que el Estado. Por ello es un problema constitucional el derecho indígena, por la misma razón que lo es el derecho estatal. Tampoco resulta reducible a extensión asociativa de derecho individual o a cobertura comunitaria de individuo competitiva con su derecho.* Por lo tanto sin duda los pueblos indígenas tienen un derecho que debía ser reconocido por las constituciones y de esa manera no convertirse en una competencia, sino integrarse al derecho nacional, bajo sus propias características, lo que se proyectaría hacia un pluralismo jurídico que a su vez se volvería base sustancial de la interculturalidad.

Sin duda a nivel internacional el mayor instrumento jurídico de respaldo con que cuentan los derechos colectivos

es el Convenio No 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado el 27 de junio de 1989 como reforma parcial del Convenio del mismo título de 1957. Lo que interesa de este instrumento (aunque todas sus cláusulas son fundamentales obviamente), en relación a nuestro estudio, serían los siguientes enunciados:

1. Las nacionalidades y pueblos indígenas son reconocidos como sujetos de derechos, con lo cual aparece un sustrato cultural, que amplifica los derechos humanos, en función de una nueva filosofía basada en el respeto a las formas de **Ser** humanas. Declaración que procede de un organismo internacional dedicado a la aplicación de los derechos humanos de segunda generación, esto es sociales, produciendo el apareamiento de la tercera generación, relacionados a lo étnico y natural. Con lo cual la persona a más del derecho a su libertad, estabilidad laboral, seguridad social, etc., agrega el de su cultura, razón por la cual algunos verían en esto la prolongación de derechos individuales y por lo mismo la inexistencia de conflictividad entre la primera y la tercera generación de derechos humanos.
2. La autoconciencia de identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos, a los cuales se apliquen las disposiciones del convenio. Se volvió de esta manera a una esencia individual, es decir la persona en uso de su libertad y discernimiento es la que proclama su propia cultura, sin que se le imponga como estereotipo, para su marginación de la sociedad dominante, como fue el brazalete con estrella de seis puntas que estaban obligados a portar los judíos bajo el régimen nazi. Esto significa que al constitucionarse e internarse en las legislaciones nacionales este convenio, las leyes deben considerar la expresa manifestación de la persona sobre su pertenencia a determinada cultura, pueblo o comunidad indígena. La palabra pueblo como es utilizada en el convenio, se la toma en sentido cultural y no político, estableciendo esta dicotomía que terminará fundando la pluralidad del derecho en las naciones multiétnicas.
3. Los gobiernos deben coordinar acciones, con la participación de los pueblos interesados con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto a su integridad. Para lo cual la legislación nacional consagrará los mismos derechos y oportunidades a estos colectivos que a otros sectores del país. El respeto a su identidad social y cultural, costumbres y tradiciones e instituciones. La efectiva ayuda para la superación de las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los propios indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional. La eliminación de cualquier forma de coerción que viole los derechos humanos y las libertades de estos pueblos. La adopción de medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente.
4. El artículo 8 señala que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse en debida consideración sus **Costumbres o su Derecho Consuetudinario**. Estos pueblos conservarán sus costumbres o instituciones propias siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos

internacionalmente reconocidos. Por ello es necesario establecer procedimientos que puedan surgir de la aplicación de este principio.

Esta última aseveración es de mayor importancia, puesto que en el caso ecuatoriano se recordaría escenas de lo que la televisión nacional presentó hacia el año de 1997, con el bullado caso de *Las Brujas de Calhuasi*, en el que se veía la aplicación de azotes y ortiga a dos mujeres blanco-mestizas en ropa interior, a vista y paciencia de las autoridades y el cura del lugar. Una auténtica aplicación de justicia por propias manos con clara violación del debido proceso y la integridad personal, esto cuando no simples linchamientos que en general se han ido identificando con las costumbres indígenas; estalló entonces como evidente un serio conflicto entre los derechos humanos y la administración de justicia indígena. Efectivamente los acontecimientos descritos llevarían a la necesidad de insistir en el tema que ya es constitucional, puesto que en definitiva el capítulo V de la Constitución relativo a los derechos colectivos mantiene los mismos principios que el Convenio 169 y, por lo tanto la incompatibilidad de la penalidad cruel con los propios derechos colectivos. Esto significa que en el caso de aplicarse tortura o castigos corporales a quienes se considere infractores del derecho consuetudinario indígena, se estaría violando el artículo 191 inciso tercero que señala:

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres y derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la constitución y las leyes...

A más de la referencia expresa a los derechos humanos individuales, este artículo reconoce claramente la existencia del pluralismo jurídico, aunque a condiciona a una ley que además debe volver compatible la justicia indígena con el sistema judicial nacional, en orden a lo que el Congreso de la República estaría obligado a su expedición. Lo cual hasta la presente fecha no ha ocurrido, con el grave riesgo de invalidar las intenciones constitucionales, aunque podría ser que el colectivo interesado presione a los organismos competentes para que aplique la Constitución más allá de la existencia o no de una ley.

El proyecto de Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas

El proyecto de Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas cursa actualmente en el Congreso para su aprobación y es el único sometido a este trámite, a pesar de que varias instituciones de la sociedad civil han elaborado sendos modelos legislativos, discutidos en reuniones académicas. Su remisión al Presidente del Congreso data del 14 de noviembre de 2001 y ha sido originado en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE.

El proyecto está compuesto por setenta y ocho artículos, que intentan facilitar la aplicación del capítulo V de la Constitución del Estado, inspirándose también en el Convenio 169 de la OIT y, por lo mismo, su principal tratativa versa sobre nacionalidades y pueblos indígenas (artículos primero y segundo). Para la clasificación posterior que se hace de las nacionalidades (artículo seis), la consideración que

se ha tenido en cuanto es prácticamente el idioma; así se señala que existirían en el territorio ecuatoriano las siguientes: kichwa, shuar, chachi, achuar, awa, huarani, tzáchila, cofán, siona, secoya, epera, zápara y shiwiari, en las que su territorialidad podría ser un factor importante pero no determinante. Cabe señalar entonces que la ley, dando triunfo a los lingüistas en la antropología, cimienta la nacionalidad en el idioma, evitando con ello los peligrosos y antiguos conceptos de raza.

En cambio el artículo séptimo señala que en la nacionalidad kichwa se reconocen los siguientes pueblos: saraguros, cañaris, puruhá, warankas, tomabelas, chibueleos, kispinchas, salasacas, panzaleos, kitu, karas, kayampis, otavalos, cotacachi, karankis, natabuelas, kichwas de la Amazonía y manta-huancavilcas, la que obviamente tiene mayor número de miembros y particularidades históricas que la diferencian grandemente del resto de nacionalidades y en la que, es más que en ninguna otra dudó otorgar al idioma una cualidad superior de elemento aglutinante, puesto que estos grupos han sido objeto, cuando no víctimas, de cambios acelerados en aproximadamente quinientos veinte o treinta años. Algunos fueron traídos como mitimaes y los otros sometidos en su condición de llactayos, en la gran mayoría de ellos el kichwa no fue su idioma de origen. Al describir el caso de la comuna de Lumbsí en capítulos anteriores, se mencionó que quienes la componían eran yanacunas de Diego de Tapia y si vamos a sus apellidos como Usiña, Visculla, Quishpe, Cuña, Picho, son obviamente kichwas y por tanto de procedencia cajamarquina; en cambio Chillán, Remache, Pillajo, Andrango seguramente son pre-incásicos, es decir llactayos. A lo que se agrega el hecho histórico de que éstos fueron aliados de los españoles hasta el siglo XVIII en que se iniciara una reconciliación con los mitimaes; se puede concluir con facilidad que ésta es una generalización en cuanto a nacionalidad, no superable por el concepto de pueblos. Hubiese convenido, al menos, que el proyecto de ley comprendiera una definición sobre cada una de estas clasificaciones histórico-antropológicas.

El artículo 8 señala que en el caso de aparecer un grupo indígena que se considere nacionalidad, una vez que sea reconocida por las otras, se registre en el CODEMPE e inmediatamente gozará de los derechos otorgados por la ley. El capítulo 9, en cambio, otorga libertad de asociación y organización a las nacionalidades y pueblos indígenas, quienes se registrarán bajo sus propios estatutos. En el capítulo II se habla de la generación de la autoridad de las nacionalidades y pueblos, que una vez constituida bajo el derecho consuetudinario de cada cual, entrará a ejercer facultades en lo que tiene que ver con el uso y usufructo de las servidumbres; a regular la participación colectiva del manejo y explotación; a elaborar con la participación de sus miembros programas y proyectos de desarrollo; a administrar los recursos naturales y por lo tanto el aprovechamiento de las aguas; a autorizar la transferencia del uso y usufructo de propiedad individual de lotes de terreno que se encuentren en territorios comunitarios o de posesión ancestral, a resolver los conflictos que se presenten sobre linderos, posesión, servidumbres, sucesión, donación y otras que se susciten en materia de propiedad individual; para ello deberá consignar sus resoluciones por escrito y mandarlas simplemente a inscribir con el registrador de la propiedad del cantón.

En estas disposiciones aparecería la *autonomía*, de tal suerte que la defensa de la propiedad comunitaria evoca a la Constitución de 1978, que en su artículo 46 establecía cuatro sectores de economía incluida la comunitaria, que para Bartolomé Clavero,²³ significaba ya un principio de defensa de los intereses indígenas. Sin embargo la intención de este artículo rebasa el concepto de propiedad, obviamente, para establecer el de territorialidad que, aunque redunde decirlo es autonómico. La autoridad indígena se convierte en juez y asume funciones únicas, que en el derecho nacional son diversificadas, pertenecen a distintas funciones del Estado. El término autoridad, quizás cayendo en exceso de suspicacia, recuerda a la Autoridad Palestina.

Una vez que la república suprimió los cacicazgos, las autoridades indígenas se constituyeron únicamente por vía de elección, en lo que se refiere a la región interandina. Se volvieron de mucha importancia los Cabildos con lo cual ciertamente que desapareció la estructura tribal, que en cambio prevalecería en los flancos cordilleranos de occidente y oriente de los Andes y en la propia Amazonía. Así pues, el paso a formas de generación electiva de autoridad en estos últimos grupos es más tardía, lo que producirá comportamientos distintos en las organizaciones de integración como la CONFENAIE o la CONAIE. Esta última ha incurrido en notables contradicciones frente a la opinión pública ecuatoriana, de acuerdo a la forma de comprender occidental. Mientras Antonio Vargas ha demostrado una gran ambición de poder, motivada en parte por su vocación de yachak, imbuido de fuerte mesianismo, el nuevo dirigente Nicolás Iza, andino, parecería estar poseído de una asentada conciencia mental (término con que algunos autores se refieren a la forma psíquica de ser occidental) que lo ubica más cerca de la manera nacional de hacer política.

El mantenimiento de una única autoridad para resolver los diversos y complejos asuntos que surgirían en la aplicación de los derechos colectivos y la ley, podrían estancar las intenciones de mejorar la administración pública y de justicia entre los indígenas; en cambio el aceptar la diversificación podrá traer consigo una burocracia indeseable, que como tal obstaculice la justicia y aumente la corrupción. Lamentablemente en la actualidad algunos miembros de cabildos indígenas ceden a presiones políticas en función de sus propios intereses y otros ejercen fuerza contra indígenas no miembros de su comunidad, si por desgracia incurrieron en delito en su zona. Tal el caso de un distinguido dirigente y religioso indígena de Chimborazo, quien atropelló a una anciana en condiciones de absoluto accidente, en una zona contigua a la carretera Panamericana. Fue sometido a malos tratos físicos durante la noche junto con su esposa y sobrinos y obligado a negociar su libertad en cuatro mil dólares, los mismos que mediante regateo quedaron en dos. Si bien es cierto que estudiosos del Derecho Consuetudinario Indígena²⁴ señalan que, lo que en la legislación nacional occidental es considerado delito que se castiga con privación de libertad, entre los indígenas es susceptible de arreglo económico, parecería que en este caso el cabildo se manejaba ya corruptamente, siendo ese el riesgo, como se señalaba con anterioridad, de una sola autoridad para la aplicación de la ley, pues como bien dicen los ingleses *el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente*.

En el capítulo III de las Asociaciones Voluntarias, artículos que van del 13 al 16, se regula la constitución de asociaciones voluntarias, que nace de la libre decisión de los indígenas, esto es distinta de la pertenencia forzada a una organización, que se adquiriría por declararse miembro de determinada nacionalidad o pueblo. Se asimilarían a las fundaciones y corporaciones establecidas en el Código Civil y, por lo mismo, deberán seguir el trámite normal de constitución de estas ante las respectivas autoridades nacionales, momento entonces en que la ley prevee de manera no conflictiva el entrecruzamiento de los dos derechos. Lo cual no ocurre en el inciso segundo del artículo 15 al supeditar a todas estas asociaciones a la autoridad de la nacionalidad o pueblo que le corresponda, surgiendo asperezas entonces entre los derechos humanos de tercera generación (colectivos) y los de primera y segunda generación (individuales y sociales), pues si bien se reconoce el derecho de libre asociación se lo conculca al ubicarlas jerárquicamente bajo una sola autoridad, incurriendo en el riesgo de que el ejercicio de los derechos colectivos sean tachados de totalitarios.

A continuación el título III versa sobre los derechos, competencias y facultades, ratificando su origen constitucional y en los tratados o convenios internacionales que haya suscrito el Estado ecuatoriano. Las leyes, reglamentos u ordenanzas y demás normas jurídicas no podrán desconocer los derechos colectivos pero sí ampliarlos y mejorarlos, abriendo quizás con esto algunas posibilidades de restricciones posteriores a los mismos paradójicamente. A continuación el capítulo I, entre los artículos 19 y 23, trata del territorio, propiedad, recursos naturales y biodiversidad. En el inciso segundo del artículo 20 define como territorios de posesión ancestral aquellos que están en poder de las nacionalidades y pueblos indígenas, que en la actualidad comprenderían antiguas propiedades comunitarias, en su gran mayoría legalizadas por la Ley de Comunas, especialmente en los denominados pueblos pertenecientes a la nacionalidad Kichwa (sierra), así como los shuar de altura, o en general los pueblos ubicados en los flancos cordilleranos, no en aquellos de asentamiento selvático, concretamente los amazónicos que poseen reservas propiamente dichas, es decir no únicamente tierras de cultivo sino bosques y recursos renovables.

Las políticas neoliberales ejercidas durante la década de los noventa del siglo pasado, así como la migración campocidad e incluso la internacional, han generado abandono de tierras, divisiones y ventas que en algunos lugares la comuna es más bien una jurisdicción moral y civil, antes que una organización económica comunitaria; por lo cual los propios indígenas se preguntan si en el ejercicio de esta nueva ley será posible reconstituir las tierras en común, tal como se desprende del artículo segundo que dice: *Se considerará despojo toda usurpación, transferencia de la propiedad o posesión de la tierra obtenida con engaño y lesión enorme o sin autorización de la autoridad indígena cuando esta autorización sea necesaria según el derecho propio o consuetudinario o esta ley*.

En el caso de existir conflictos, serán resueltos por la autoridad indígena, si las partes fueran indígenas y por los jueces nacionales si una de ellas no es indígena.

El artículo 23 permite la constitución de lugares sagrados o rituales, que tendrán prácticamente la categoría de reservas y por lo mismo se limita su uso y la autoridad indí-

gena deberá ser consultada sobre aquellos sitios, cuando se intente intervenirlos por ciudadanos no indígenas del país.

El capítulo II del título mencionado versa sobre la consulta, que constituye así mismo uno de los elementos jurídicos fundamentales del Convenio 169 y la Constitución Política y se convierte en esencia de democracia participativa que no pertenece únicamente a los derechos colectivos, sino a los difusos, como son los de medio ambiente y el consumidor. Por tanto desde el artículo 24 hasta el 27 se establece los mecanismos para la realización de la consulta y evitar que ésta sea fraudulenta o manipulada. A continuación el capítulo III señala las reglas de participación en los beneficios por el aprovechamiento de los recursos naturales de propiedad comunitaria o de posesión ancestral de las nacionalidades o pueblos indígenas y de las áreas de influencia directa de éstos. Regulándose el que en los instrumentos en que se aprueben la ejecución de un proyecto se hará constar al representante de la institución del Estado o de la empresa privada responsable de los beneficios; el acompañamiento del contrato en el que conste la participación en las utilidades generadas por las obras y proyectos y las garantías suficientes; la entrega a la autoridad indígena legalmente constituida; el hecho de que si no ocurriera lo previsto con anterioridad, las nacionalidades indígenas harán efectivas las garantías. Adicionalmente podrán también deducir acción de Amparo.

Indudablemente este capítulo establece garantías fundamentales de claro origen civilista; sin embargo como que falta una disposición en la que se contemple la distribución de utilidades en los miembros de la nacionalidad o pueblo, o los fines concretos que se asignaría a este dinero. El capítulo IV señala la reparación e indemnizaciones a que tendrían derecho las nacionalidades y pueblos indígenas en el caso de generarse daños en su territorio, lo cual debe establecerse en los documentos de compromiso con empresas o el Estado. Si es que el causante del daño no procede a la reparación o indemnización respectiva, se vuelve a invocar el derecho nacional al establecer la jurisdicción civil correspondiente en juicio oral (claro está en la medida en que esto sea realidad en el propio sistema judicial).

El artículo 37 establece una controversia de base al señalar que el demandante podrá elegir libremente entre presentar la demanda en Ecuador o en el extranjero. En el caso de hacerlo en el exterior, fenecerá definitivamente la competencia nacional, así como la jurisdicción de los jueces ecuatorianos sobre la causa. Muy probablemente los legisladores discutirán a fondo sobre la constitucionalidad de este artículo, que si bien puede invocar antecedentes, como el juicio contra la Texaco y otros que se ventilan en tribunales norteamericanos, la controversia jurisdiccional aún es muy fuerte y no logra esclarecer el rumbo que podrían tomar las intenciones de internacionalizar causas que ordinariamente se han de tratar en un país, sin que exista previamente el convenio respectivo.

En el capítulo V se manda entre los artículos 39 y 41 que las nacionalidades y pueblos indígenas participen con voz y voto, a través de representantes suyos, en todas las instituciones del Estado de carácter colegiado así como las regionales, provinciales, cantonales y que tengan la responsabilidad de estudiar y fijar políticas en las actividades que éste haya asumido por disposición de la Constitución o de la

Ley, como recursos naturales, diversidad biológica, en general manejo de la ecología, espectro electromagnético, fuerza eléctrica, etc. Además de integrar todas las delegaciones oficiales internacionales en representación del Estado. Ciertamente que desde la década de los setenta se ha buscado la representación de colectivos en los organismos públicos, más aún la Constitución colombiana al inicio de la década de los noventa otorgó la participación indígena en el Senado y la Cámara de Representantes. Sin duda el principio de este mandato es por demás justo, pero también corre el riesgo de burocratizar y generar constantes concupiscencias político-administrativas en directivos no siempre vinculados a la base de sus representadas. Un caso triste de esto lo constituye el Seguro Social, cuyo directorio lo componían trabajadores y afiliados, que no respondieron a sus obligaciones, usufructuando de privilegios, mientras la institución caminaba hacia la ruina. Razón por la cual vía reglamento, o quizás la misma ley debería establecer límites a la reelección para estas representaciones.

El capítulo VI se encarga de la participación y desarrollo, lo que significa que las obras de infraestructura y los servicios, en los territorios y comunidades, nacerán de las organizaciones indígenas, aunque su financiamiento correrá a cargo del Estado, es decir gobierno central y locales, para lo cual los indígenas serán igualmente consultados. En lo que se refiere a la administración de reservas ecológicas estarán a cargo de las propias nacionalidades o pueblos. En el capítulo VII se les entrega la facultad de administrar servicios públicos como agua potable y alcantarillado, mediante la constitución de empresas comunitarias o de autogestión, así como juntas administradoras, el establecimiento de tasas y contribuciones, consignando la prohibición de que los gobiernos locales puedan imponer tasas o contribuciones de servicios si efectivamente no los prestan.

El capítulo VIII se refiere a la cultura, educación, lengua, ciencia y tecnología y reafirma las actividades que actualmente cumple la dirección bilingüe intercultural, convirtiéndole en sistema de educación intercultural bilingüe, la que actualmente es y seguirá siendo financiada por el Estado, bajo las mismas prerrogativas que cualquier otra institución educativa nacional. El artículo 55 señala la obligatoriedad del CONESUP, las universidades y el Ministerio de Educación de adoptar las medidas más aconsejables para que los niños y jóvenes no indígenas asuman la interculturalidad, lo que significa que debería ampliarse el conocimiento de los idiomas indígenas en la población ecuatoriana. En el artículo 56 se establece el derecho a usar preferentemente por parte de los indígenas su idioma materno, o alternativamente el castellano, sin perjuicio de las garantías establecidas en la Constitución Política de la República para asegurar el debido proceso, expresar opiniones o pensamientos, oralmente o por escrito, para presentar sus quejas o peticiones a las autoridades públicas, así como para recibir respuestas en el mismo idioma.

Se crea un sistema nacional de conservación y desarrollo de los conocimientos y prácticas tradicionales de las nacionalidades y pueblos indígenas, el cual será regulado por una ley especial. Se encontrará bajo el control de un director nacional, al cual se le atribuyen facultades para autorizar el acceso a la diversidad biológica, los conocimientos ancestrales colectivos, para lo cual elaborará y actualizará un

registro con la cooperación de las nacionalidades y pueblos indígenas. Estas disposiciones tienen relación directa con convenios y tratados internacionales sobre biodiversidad y patrimonio cultural.

El capítulo IX se refiere al sistema financiero entre los artículos 61 y 69, valorándose las mingas y contribuciones o cuotas de los miembros, especialmente las primeras que deben ser contabilizadas como parte del financiamiento de las obras. Constituyen parte también de los fondos de los pueblos y nacionalidades indígenas las tasas o contribuciones que fijen o se recauden por obras o servicios y las contribuciones de mejoras. El impuesto predial de la propiedad privada individual que se encuentre en su territorio, el cual se entiende que ya no será cobrado ni utilizado por los municipios, lo que seguramente será objeto de mucha controversia, aunque abona a favor del desarrollo local. También se consideran recursos los procedentes de explotación directa por medio de las empresas comunitarias o los fondos provenientes de la concesión de recursos naturales renovables, o los producidos por la concesión del uso del conocimiento ancestral colectivo.

El artículo 69 esclarece algo sobre el control de los recursos cuando dice: *serán manejados con presupuestos anuales, en cuya elaboración y aprobación participará la asamblea compuesta por quienes han actuado en la planificación y programación de obras de desarrollo y servicios públicos.*

El título IV habla del control y rendición de cuentas, señalándose en el artículo 70 que las nacionalidades o pueblos deben constituir, con los miembros más calificados por su honestidad, un órgano de control y rendición de cuentas, ante el cual comparecerán todas las personas que desempeñen cargos de gobierno o administración, estableciendo para éstos la obligación de presentar anualmente un informe; y en el caso de manejar fondos públicos el informe contendrá el origen de dichos fondos. Corresponde a la asamblea luego de conocido el informe remitir su resolución a la Contraloría General del Estado en caso de que encontrare irregularidades en el manejo de los fondos públicos. Se entiende que las contribuciones, tasas y la propia recaudación del impuesto predial, entrarían en esta consideración de fondos públicos y por lo mismo su inversión estaría sometida a la Contraloría General del Estado, aunque en general no queda claro en la propia ley las acciones que se emprenderían por delitos económicos, los que se sobreentendería, una vez cometidos, que las personas se hallarían sujetas al Código Penal, aunque probablemente aquí nos encontraríamos con entrecruzamiento conflictivo de los dos derechos.

El título V crea un fondo de desarrollo indígena, en rasgos muy generales, remitiendo a un estatuto su funcionamiento. En cambio el título VI, entra al difícil tema de la administración de justicia indígena, señalando simplemente que: *las autoridades de las nacionalidades y pueblos indígenas ejercerán las funciones de justicia que les reconoce el Artículo 191 de la Constitución Política de la República con arreglo a su derecho propio o consuetudinario y a la ley de la materia, la falta de esta ley no será óbice para el ejercicio de esta facultad constitucionalmente reconocida.* De esta manera intenta viabilizar la facultad jurisdiccional reconocida por la Constitución y congelada por la misma. En el título VII de las disposiciones generales se pretende

reforzar lo dicho anteriormente, estableciendo varias reglas por las cuales la autoridad indígena podrá hacer cumplir sus resoluciones. Para lo cual pedirá la colaboración de autoridades judiciales, policiales y administrativas del Estado que sean competentes a fin de que se de cumplimiento y ejecución a sus decisiones. En el caso de no prestar la colaboración debida incurrirán en responsabilidad de los prejuicios ocasionados por la omisión, remitiéndose al delito tipificado en el artículo 277, numeral cuarto del Código Penal.

El artículo 77 señala que siempre que se trate de establecer la compatibilidad del derecho indígena con los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes en Ecuador, se buscará dejar a salvo la dignidad de la persona y se estará a la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, con lo cual se pretende integrar los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación.

Al igual que en Colombia, el Tribunal Constitucional se convierte en el organismo de apelación en materia de derecho indígena, para lo cual debe designar una sala de conjueces con especialistas en este derecho (que son muy pocos en la actualidad), colegio electoral integrado con un representante de cada una de las nacionalidades indígenas y cuando deba resolver conflictos de esta naturaleza, incorporará a uno de los conjueces a la comisión y dos al pleno en que se vaya a resolver el caso, previa excusa del o de los dos magistrados principales, designados por sorteo.

La fórmula parece un tanto enrevesada, aunque algo semejante habría que ensayar para permitir el cumplimiento de la ley en el caso de ser aprobada.

En conclusión hay que señalar que este proyecto de ley constituye un gran esfuerzo para permitir el ejercicio de los derechos colectivos, establecidos en la Constitución vigente. En justicia debería ser prontamente tratado por el Congreso Nacional, aunque debidamente reflexionado y afinado, con el propósito de garantizar su constitucionalidad, es decir la compatibilidad de las tres generaciones de derechos humanos, que incluye el respeto a la vida, dignidad de las personas y al mismo tiempo su propósito central de proteger a las culturas nativas y favorecer su expansión. Una vez aprobada la ley se entraría de lleno en Ecuador en el pluralismo jurídico.

Hacia el pluralismo jurídico

Una de las mayores novedades, como lo hemos visto a lo largo del presente estudio, que aportó la Constitución de 1998, ha sido la de revelar por una parte y establecer por otra un pluralismo jurídico. El paso del indigenismo al indianismo, la constitución de la CONAIE, ya no como un sindicato más sino como una organización que hablaba de nacionalidades y pueblos, es decir de instancias colectivas, con culturas distintas al conglomerado nacional, por fuerza descubrieron la existencia de un régimen jurídico o una costumbre, sumamente vital en los indígenas que demandaba de un marco jurídico para expresarse. El convenio 169 de la OIT primero, la Constitución de 1998 luego y finalmente el proyecto de ley anteriormente glosado, obligan a enfrentar con severidad y acierto semejante desafío que seguramente trastoca el derecho ecuatoriano enrevesado de por sí, por la constante frecuencia de dictaduras que alteraron el Estado Constitucional de Derecho.

Sin embargo, la orientación positiva y románico-francesa de nuestro régimen jurídico era indudable. Por lo mismo tener que enfrentar hoy a un derecho no escrito consuetudinario, obligará aún a revisar los pénsums de las universidades en la carrera de Derecho. Muchos albergan la preocupación de que las normas que se dicten para regular los derechos colectivos alteren de paso la esencia del derecho consuetudinario indígena, pero la autora Lorena Ossio²⁴ sostiene y no sin razón, que no debe considerarse que la presencia de normas escritas invalida hablar de derecho consuetudinario, pues en el caso boliviano hay comunidades que tienen normas escritas y no por eso dejan de tener costumbre jurídica. Que es además inevitable que en la modernidad esto ocurra, aunque no significa que necesariamente a la costumbre escrita la transformemos en ley. Mas si tomamos en cuenta que las resoluciones de las autoridades indígenas, ya sea en ejercicio del derecho consuetudinario o de la mediación que proviene de derecho positivo, tendrán que asentarse mediante escritura.

Ciertamente que han sido los antropólogos antes que los abogados, quienes han descubierto para la sociedad nacional y la academia a la justicia indígena, y algunos la han encontrado hasta ejemplificadora y una alternativa a la corrupción del sistema judicial; así Fernando García en *Formas Indígenas de Administrar Justicia*²⁵, inserta la opinión de un comunero entrevistado que dijo:

la sanción no es tanto castigar sino más bien corregir, sanción es la del sistema jurídico estatal que cobra multas, coge el dinero y ya, ellos son los que han creado esta palabra, la sanción para ellos no es más que si una persona comete un delito, recibe la sanción de quince días de cárcel, una multa y fuera, por eso nosotros no sancionamos, corregimos como podríamos decir, si un árbol está creciendo tor-

cido, lo enderezamos, para que siga recto; es decir, que la gente no vuelva a robar, y se dedique a trabajar para vivir en armonía, de esto, como resultado en esta comunidad ya no hay robos, nadie coge nada de nadie, antes se robaba de todo en la comunidad, el ganado nos robaban por eso digo no es una sanción, lo nuestro más bien es una ley correctiva, es una ley de educación, más bien.

La justicia indígena aparece como rápida, eficiente y moralizadora, pero indudablemente cruel en muchas ocasiones, puesto que la ortiga, el agua y el látigo, son sus instrumentos, cuando no penas aún más duras. Entre las dos visiones la realidad constitucional determina actualmente la llegada a un término medio, en que la eficiencia y la celeridad se mezclen con el respeto a los derechos humanos de primera generación, el control debido del sistema, la vigencia de instancias de apelación y por lo tanto la interrelación adecuada, entre el individuo, su colectivo y la sociedad nacional.

Sin duda no se podrá soslayar la expedición de la ley que establece el artículo 191, inciso cuarto y entonces habrá que enfrentar la diversificación de la autoridad indígena, creando jueces específicos, los que se remitirán en última instancia al Tribunal de Garantías Constitucionales, o convertir a los mismos jueces ordinarios y al sistema judicial con sus instancias normales en conocedores de las causas indígenas. Para todo esto existe la gran demanda de conocer el derecho indígena, lo cual pasa por la historia y la antropología, el derecho indiano y aún la recopilación de la costumbre actual, que no por escribirse como se dijo anteriormente, obra en contra de lo consuetudinario. La tarea es ingente y no debería ser objeto de la demagogia política sino por el contrario enfrentarla con seriedad a sabiendas de que puede ser el núcleo de nuestra integridad nacional.

Notas

1. Couture, Eduardo.J. *Vocabulario Jurídico*, págs. 187-188, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
2. García, Fernando, *Formas indígenas de administrar justicia*, Flacso, Ecuador, 2002.
3. Kropotkin, Pedro, *La Ayuda Mutua*, pág. 32, Bogotá, 1989.
4. Bachofen J. J, *Mitología arcaica y Derecho Materno*, Ediciones Antrophos, Barcelona, 1991.
5. Rabinovich, Ricardo, *El Publicismo como característica del derecho del Tahuantinsuyo*; Stavenhagen, Rodolfo, Iturralde, Diego, *Entre la ley y la costumbre, El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, pág. 9 en adelante, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990.
6. Grimal, Pierre, *Los extravíos de la libertad*, págs. 28-29, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998.
7. Ramón, Galo, *Cayambe 500 años de resistencia*, Capp, Quito, 1987
8. Moreno, Yáñez, Segundo, *Sublevaciones Indígenas en la Audiencia de Quito*, págs. 360-361, Edición Eduq, Quito, 1978.
9. Alcina, Franch, José, *Indianismo e Indigenismo en América*, págs. 11-13, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
10. Idem, pág. 14.
11. Rabinovich, Ricardo, *El Publicismo como característica del Tahuantinsuyo*; : Stavenhagen, Rodolfo, Iturralde, Diego, *Entre la Ley y la Costumbre*, pág. 9 en adelante, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990.
12. Poma de Ayala, Guamán, *Nueva Crónica y Buen Gobierno*, pág. 162, Editorial Siglo XXI, México, 1983.

Notas

13. Idem, págs. 160-317-319-335.
14. Pérez Luño, Antonio E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo, Los Clásicos Españoles de la Filosofía del Derecho*, págs. 18-20, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
15. Idem, pág. 19.
16. Idem, pág. 21.
17. Idem, pág. 22.
18. Bonnet, Diana, *El Protector de Naturales en la Audiencia de Quito, Siglos XVII y XVIII*, pág. 17, Ediciones Flacso-Abyayala, Quito, 1992.
19. Tobar Donoso, Julio, *Las instituciones del período hispánico especialmente en la Presidencia de Quito*, pág. 262, Editorial Ecuatoriana, sin referencia año de publicación.
20. Idem, pág. 271.
21. *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias mandadas a imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey Carlos II*, pág. 217, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1973.
22. Bonnet, Diana, *El Protector de Naturales en la Audiencia de Quito siglos XVII y XVIII*, pág. 17, Editorial Flacso-Abyayala, Quito, 1992.
23. La información consignada sobre el caso de Lumbisí ha sido extraída del Estudio *Lumbisí Tierra y Comunidad*, contratado por Cedeco en 1990, con la autora Jimena Costales, quien a su vez extrajo su información del Archivo Nacional de Historia: ANH/Q. Autoseguidos por el común de indios del pueblo de Lumbisí con el administrador del monasterio de la Concepción, 1762.XII-I. Caja No 80. 1762-1763; ANH. Lumbisí. Indígenas. XVI-VI 1762. Caja No 79. 1762; Cabildo de la Comuna de Lumbisí; Cedeco: *Historia de la Comunidad de Lumbisí*. Taller de la Memoria Comunal. Inédito, 1990.
24. Clavero, Bartolomé, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América Latina*, pág. 120, Editorial Siglo XXI, México, 1994.
25. Idem, pág. 182.
26. Ossio, Lorena, *El sistema jurídico constitucional y el Derecho Consuetudinario Indígena*, Anuario de Derecho Constitucional, Ciedla, Buenos Aires, 1999.
27. García, Fernando, *Formas indígenas de administrar justicia*, pág. 41, Flacso, Ecuador, 2002.

Derecho indígena: ¿Reconocimiento del "otro" derecho?

Vanessa Saltos Cisneros

Introducción

El reconocimiento constitucional del carácter multiétnico y pluricultural del Estado ecuatoriano representa indudablemente un nuevo desafío para el estudio y comprensión del pluralismo jurídico, entendido éste como el espectro que acepta la diversidad y convivencia de varios sistemas de derecho dentro de un mismo territorio.

Las reformas a la Carta Política de 1998 contienen estipulaciones encaminadas al reconocimiento de la capacidad jurídica de los pueblos indígenas, y que hacen alusión a la potestad que tienen de aplicar y llevar adelante *normas y procedimientos propios de resolución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario*.¹

Esta tendencia de buscar legalizar un hecho que hasta hace poco constituía una suerte de *ilegalidad*,² ha hecho que surjan nuevas inquietudes sobre el tema, partiendo desde la concepción misma del derecho indígena como derecho consuetudinario, los procesos de codificación del derecho indígena y la armonización con el sistema estatal de administración de justicia. Este esfuerzo por diseñar una conceptualización acarrea problemas de fondo ya que los objetivos buscados no son siempre compatibles con el sistema jurídico estadual que ha pervivido en el país, por ejemplo, ¿cómo codificar un derecho que se considera consuetudinario? Estos desafíos y retos se deben enfrentar si se quiere que la norma constitucional encuentre una real viabilización. En este trabajo se intentará describir y en lo posible avizorar caminos para armonizar las antinomias que el tan delicado tema presenta.

I. Derecho consuetudinario: marco conceptual

De manera general hablamos de *derecho consuetudinario* para referirnos a las normas y prácticas basadas en usos y costumbres propios de cada pueblo y cultura; al conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, y que pueden entenderse como anteriores, en términos históricos, al derecho codificado.

La expresión *derecho consuetudinario* no es universalmente aceptada; se suele recurrir a fórmulas tales como *costumbre jurídica*, *costumbre legal* y hasta sistema *jurídico alternativo*. Hay quienes inclusive cuestionan el hecho de considerarlo *sistema* por no corresponder a un *conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente entrelazados entre sí, acerca de una ciencia o materia*,³ pues son simplemente reglas que surgen de la costumbre y no son dictadas por la sociedad en su conjunto. Otro problema constatable es que no existe un solo derecho consuetudinario, sino que en

virtud de la misma diversidad las prácticas denominadas ancestrales o por costumbre son distintas de acuerdo a la etnia o circunscripción territorial donde se aplican.

Adicionalmente, parecería que los usos y prácticas denominadas como ancestrales no son en sí mismas anteriores al ordenamiento jurídico del Estado moderno y más bien parece que surgen paralelamente al mismo, por ello, un estudio cuidadoso nos puede mostrar que ciertas prácticas son idénticas a las realizadas en épocas coloniales.

Por su parte, el *derecho positivo* es aquel que se manifiesta a través de leyes escritas y otros cuerpos normativos redactados en términos jurídicos propiamente tales. Para ciertos tratadistas consiste en el *derecho vigente; el conjunto de leyes no derogadas*,⁴ aquel que está vinculado al poder estatal. El derecho positivo no sólo tiene una vinculación formal con el Estado sino que también es un derecho que ha surgido, en teoría, en base de una legitimidad emanada de su funcionalidad, lo que le permite hacer confluir en sí de manera armonizada a la fuerza y el poder. El Estado social y democrático de Derecho es un Estado en el cual la norma tiene imperio ya que confluyen en sí la validez, la vigencia y la legitimidad. La pregunta surge: ¿es capaz el derecho consuetudinario de insertarse de la misma manera en un Estado de Derecho?

La forma más corriente de diferenciar el derecho consuetudinario del positivismo es que este último es escrito. Desde la perspectiva del monismo jurídico, éste resulta ser el único derecho válido por ser el expedido por el Estado a través de sus instituciones a las que la misma ley inviste de la facultad para crearlo y modificarlo.

Sin embargo de lo expresado, algunos prefieren ignorar o negar la validez del derecho consuetudinario, por considerar que sólo la norma escrita y codificada, o sea, el derecho positivo, merece su atención, desconociendo así la pluralidad jurídica constitucionalmente reconocida. De ahí que con frecuencia *se estima que el Derecho consuetudinario es un derecho de menor jerarquía que el Derecho escrito o se piensa que el Derecho consuetudinario no puede ser recogido y recopilado en documentos escritos*.⁵ Esto sería como afirmar que el *common law* propio de los países anglosajones es de menor rango que el derecho escrito de esos mismos Estados.

Esta visión lleva de cierta forma a pensar en el derecho consuetudinario como un derecho *negativo* por separarse contundentemente de la característica básica del positivismo. Así mismo podría entenderse que el derecho consuetudinario, al no estar vinculado al poder estatal, es propio de sociedades que carecen de Estado u operan sin referencia a éste.

Todas estas diferenciaciones hacen que se distingan igualmente dos esferas de administración de justicia: una

consuetudinaria, que se aplica en el contexto comunal de cada pueblo por las autoridades propias del lugar; y otra que llamaremos *ordinaria*⁶ que guarda relación con las normas del derecho positivo y que es conducida por autoridades nombradas por el Estado y especializadas para realizar esta labor.

Con estos antecedentes, se puede explicar el por qué se ha hecho común identificar al derecho indígena como derecho consuetudinario. En efecto, la propia Constitución asemeja los términos y conceptos al aceptar la aplicación de las normas comunales basadas en las *costumbres o derecho consuetudinario* de los pueblos indígenas. Cuando se analiza el fenómeno desde el punto de vista jurídico, se insiste firmemente en que las regulaciones que rigen a los pueblos indígenas se han transmitido de generación en generación vía tradición oral, y no constituyen derecho ni fuente de obligaciones, salvo cuando el derecho positivo se remita expresamente a él. Las autoridades indígenas tampoco tienen un reconocimiento oficial para el desempeño de sus funciones, salvo, en la actualidad, en el ámbito interno de sus comunidades, pero no son funcionarios nombrados por el Estado.

La visión antropológica y sociológica sobre el tema distingue dos áreas que se relacionan pero son autónomas: derecho y sociedad. Se diferencia el ámbito de lo estrictamente legal del conjunto de costumbres y normas de comportamiento y de control social, y se ha tratado de ir más allá al pasar de la visión de costumbres y tradición a hablar de *derechos*. No obstante, la línea demarcatoria sigue siendo muy sutil o difícil de determinar, razón por la que las controversias y debates son permanentes.

Preferimos compartir el criterio de que la diferenciación básica entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario es la forma de su creación: el primero surge por encargo de la propia ley y se reduce a escrito para su difusión y conocimiento; el segundo va naciendo conforme los pueblos buscan dar solución a los conflictos que se les presentan y puede recogerse en documentos escritos o no. En este sentido, el derecho consuetudinario está en permanente renovación, no es estático ni recae en lo caduco como sucede con la legislación positiva vigente que en algunas ocasiones resulta contradictoria con la realidad actual. El beneficio práctico que podemos avisar no lo es tal cuando se trata de normas de carácter penal, en las cuales la exigencia de la vigencia de los principios de legalidad y lesividad constituyen la piedra angular para el respeto básico de los derechos fundamentales.

No obstante, y corroborando la vitalidad del derecho consuetudinario vemos que se ha visto sometido a un constante proceso de absorción por parte del derecho positivo, transformándose hasta cierto punto en derecho escrito. Esto también implica que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo, e incluso ser fuente primaria de aquél como de hecho lo es.

Por lo expuesto, es nuestro convencimiento que concebir y entender el derecho indígena exclusivamente como derecho consuetudinario, es un criterio reduccionista del mismo. Visto desde otro punto, el derecho consuetudinario no es privativamente indígena, puede hablarse de tantos derechos consuetudinarios cuantas sociedades y culturas existan.

Incluso, se puede concluir, como lo hace Diego Iturralde, que el derecho consuetudinario indígena -en América

Latina- no es más que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera.⁷

No se debe reconocer al derecho indígena sólo en virtud de ciertos usos y costumbres, por más ancestrales que éstos sean, o sólo en relación al reconocimiento por parte del Estado a través del derecho positivo. Debe hacérselo también en función de las características propias del pluralismo jurídico,⁸ que surge y se impulsa justamente con el ánimo de eliminar expresiones tales como usos y costumbres, derecho consuetudinario, costumbres jurídicas y dejar de pensar en la resolución de conflictos simples en el ámbito indígena.

En definitiva, de lo que se trata es de reconocer la existencia de varios sistemas jurídicos, no sólo a través de una declaración oficial y que responde, hasta cierto punto, a un compromiso político frente a la historia del indigenismo en el país, sino buscando mecanismos para articularlos hacia su aplicación dentro de las jurisdicciones y competencias específicas.

II. Los procesos de codificación del Derecho Indígena

Como hemos venido sosteniendo, el derecho indígena no es sólo derecho consuetudinario o un conjunto de usos y costumbres no escritos transmitidos oralmente desde tiempos ancestrales. En Ecuador, el reconocimiento formal de la capacidad jurídica de los pueblos indígenas y sus autoridades⁹ ha estimulado un renovado interés, sobre todo por parte de las organizaciones indígenas, hacia algún tipo de *formalización* de sus normativas propias.

No sería exacto afirmar que es a partir de las reformas constitucionales de 1998 que se ha iniciado un proceso de *escrituración* del derecho indígena. Los estudios de caso, como metodología más apropiada para analizar el caso indígena, nos han demostrado que existen y se conservan al interior de las comunidades indígenas, fuentes escritas de información para conocer las normas que les rigen, sus formas de organización, de control social y de ejercicio de la autoridad.

Por citar un ejemplo, las comunidades de La Compañía, en la provincia de Imbabura, y San Francisco de Chibuleo, en la provincia de Tungurahua, regulan sus actividades a través de reglamentos internos¹⁰ que, en uno y otro caso, han sido reformulados en los últimos años por las asambleas comunales, especialmente los capítulos referidos a sanciones y penas por motivo de incumplimiento de los deberes comunitarios. Además están sometidos a revisiones anuales para su permanente actualización.

Este instrumento jurídico es utilizado para el manejo propio y aplicación de la justicia por parte de las autoridades comunales; regula la legalización y repartición de tierras, pasando por las tarifas de transporte de la comunidad a la capital de provincia y terminando con la regulación de la venta de bebidas alcohólicas.

El impacto y la aplicación del reglamento trasciende inclusive los límites de la comunidad, ya que otras cercanas que no disponen de este instrumento acuden en búsqueda de orientación y apoyo para resolver sus conflictos.¹¹

No se deben dejar de lado las actas que se levantan tras las reuniones de la asamblea comunal o de los directivos,

que pueden tratar de informes periódicos, sobre la realización de alguna minga, o sobre la imposición de alguna sanción a los infractores en caso de no haber llegado a un acuerdo amistoso entre las partes.

Toda esta base de datos normalmente es custodiada por el secretario de la comuna, constan las firmas de las autoridades, y, de ser el caso, de las partes intervinientes. Hay que destacar que en la mayoría de las veces, estos documentos se redactan en castellano, quedando la lengua propia reservada para las exposiciones o alegatos verbales.

Las resoluciones de las asambleas comunales se las da a conocer comúnmente por dos vías: la oral, en la propia sesión; y escrita, mediante carteles que se fijan en los lugares más transitados. Este es también un fiel reflejo de la complementación de lo oral con lo escrito en las vidas de las comunidades.

Distinto es el caso de los estatutos de las comunidades que se registran en los Ministerios del ramo correspondiente. Con ello, las comunidades logran el reconocimiento oficial y la consecuente personalidad jurídica, pero no son instrumentos que rigen sus actividades;¹² es el cumplimiento de una obligación estatal que les viene legalmente impuesta.¹³

Pero, ¿para qué reducir a escrito las normativas indígenas? En esencia, la justificación es que se codifica - en el sentido de dotar de expresión y ordenar - esas costumbres, o las normas que entrañan, para favorecer su preservación, su aplicación y su reconocimiento por parte del conjunto social. Esta alternativa hace que la costumbre adquiera ciertos niveles de formalización jurídica.

En este sentido entonces reducir a escrito no es, como podría pensarse, desnaturalizar el derecho indígena, pues ya hemos visto que si bien su fuente principal son los usos y costumbres y la tradición oral, no son los únicos elementos que lo constituyen. El avance importante que se plantea, es entonces, el reconocimiento que el derecho denominado como consuetudinario no es un derecho *antiguo* sino un algo vital, real y en proceso de unificación.

Lo que se discute, sin embargo, es el fondo mismo que guía este proceso. A decir de Assies, aún cuando el reconocimiento del pluralismo jurídico se entiende generalmente como un elemento que contribuye a empoderar (empower) a los pueblos indígenas, no se debe descartar tampoco la posibilidad de que sea otro aparato más de la tecnología del poder, de la dominación y de la domesticación.

De las normas sobre pueblos indígenas que hallamos dispersas en varios cuerpos legales, se deriva un conjunto de derechos, obligaciones y principios procedimentales que configuran lo que Iturralde llama un estatuto *particular de los pueblos indígenas del Estado*.¹⁴ Con este antecedente, se despliegan esfuerzos por alcanzar la promulgación de un cuerpo suficientemente amplio de legislación especial que provea a los pueblos indígenas de un marco de protección eficiente y suficiente en todos los campos de su interés.

En este contexto, la dirigencia indígena y demás actores sociales sumergidos en el tema, han visto la necesidad de contar con leyes especiales que regulen tópicos tan complejos como los relativos a la administración de justicia y las circunscripciones territoriales indígenas.

Son dos los proyectos de ley que actualmente están en conocimiento de la Comisión de Asuntos Indígenas del

Congreso Nacional: la Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas y la Ley de Administración de Justicia Indígena.

El primer proyecto,¹⁵ en líneas generales, parte por reconocer al Ecuador como un Estado plural dentro del cual se contempla la existencia de trece nacionalidades y los pueblos que pertenezcan a cada una de ellas. Entre los derechos que se establecen en el proyecto constan, entre otros, la conformación de su estructura orgánica interna; el derecho a rescatar, mantener y promover la cultura, formas de gobierno, territorio, vigencia de formas sociales, costumbres, usos, lengua y pensamiento; el derecho a participar con fuerza decisoria en la conducción y orientación del sistema educativo y en la promoción de la cultura. El tema de administración de justicia no se trata ampliamente, tan sólo se determina, de manera categórica, que el Estado reconoce la validez y obligatoriedad de las decisiones que adopte la autoridad indígena en el ejercicio de las facultades de gobierno, administración y justicia que les atribuya su derecho propio o consuetudinario.

El segundo proyecto fue elaborado por un grupo de investigadores de la Universidad Andina Simón Bolívar - Ecuador, partiendo de las disposiciones constitucionales y del Convenio 169 de la OIT que promueven el compromiso de asegurar a los pueblos, que se autodefinen como nacionalidades indígenas, el derecho de resolver los litigios que se suscitaren al interior de ellos, de acuerdo con su derecho propio y por sus autoridades nacionales. Son 20 artículos que tratan sobre las funciones de la autoridad indígena, la jurisdicción y competencia en que se basa su accionar, la resolución de conflictos entre indígenas, entre indígenas y no indígenas y entre diferentes colectividades.

A decir de los realizadores del proyecto, éste resulta ser el medio más efectivo para presentar la información acerca de la administración de justicia indígena ante los jueces que dependen de ella en la toma de decisiones y así facilitar la coordinación de los sistemas indígena y positivista.

A manera de corolario queda planteado un cuestionamiento: el reconocimiento del derecho indígena, a través de su codificación, presenta la desventaja precisamente de perder su naturaleza dinámica y flexible y de convertirse en incompatible con los requerimientos de la realidad que se viva. De ahí que es conveniente, para ciertos casos, conservar y desarrollar los procedimientos orales de solución de conflictos. La codificación de sus normas propias no debe ser sino una sinopsis de sus formas de administrarse y regularse y la manera en que se compatibilizan con el derecho estatal.

III. Hacia la armonización con el Derecho Estatal

Los procesos de codificación o *positivización* del derecho indígena responden sin duda a la inserción del concepto de pluralismo jurídico que implica, como hemos advertido, el reconocimiento de la coexistencia de varios sistemas legales dentro de un mismo espacio geopolítico. Es también, a nuestro entender, el estadio obligatorio al que se llega en virtud de la disposición constitucional de compatibilización de las funciones de justicia por vía legal.

No obstante, se abre aquí una suerte de paradoja: por un lado, los pueblos indígenas han reclamado y reclaman dere-

cho a la igualdad ante la ley y el Estado, y, a su vez, demandan un tratamiento diferente, el derecho a la especificidad, a la diferencia, al goce de sus tradiciones y culturas propias. Es un doble reclamo que deberá encontrar su respuesta en el grado de armonización de la legislación estatal con la comunal.

El artículo 191 de la Constitución en su inciso cuarto determina con claridad que la ley hará compatibles las funciones de justicia de las autoridades indígenas con aquellas del sistema judicial nacional, todo ello enmarcado dentro de la noción de unidad jurisdiccional.

Se fijan además los límites dentro de los cuales habrá de aplicarse el derecho propio de los pueblos indígenas:

- será respecto de conflictos internos;
- se ejercerá siempre y cuando no sea contrario a la Constitución y las leyes.

Si bien el derecho indígena se justifica por sí solo y no requiere de reconocimiento oficial para establecer su existencia, su inclusión en la Constitución del Estado hace que deba someterse al derecho positivo por cuanto de éste proviene prácticamente su reconocimiento.

Por ello ha de entenderse que para no contradecir los principios estatales, el derecho indígena tiene que adaptarse al nacional, y ello ha implicado, en el caso ecuatoriano, reducirlo a la resolución de simples conflictos o *problemas*¹⁶ que se vivan al interior de las comunidades.

El segundo criterio para la completa armonización de ambos sistemas es la imposición de límites para la aplicación del sistema jurídico indígena: las leyes, la Constitución, e implícitos los derechos humanos.

Sobre este tema, el ejemplo colombiano plantea la interesante noción de los mínimos jurídicos, entendidos como aquellos límites básicos que no se pueden vulnerar en la administración de justicia indígena. El derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, el derecho a no ser esclavizado y el derecho a un debido proceso constituyen referentes importantes. Su observancia incluso obligaría a modificar penas y sanciones propias de ciertos grupos indígenas que siguen siendo infamantes y denigrantes.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, a más de significar otra fuente de la que nace el derecho indígena, en sus sentencias busca maximizar la autonomía indígena dentro de los límites de la tradición viva, por un lado, y un núcleo de derechos humanos fundamentales, por otro.

Respecto de los derechos humanos, mucho se ha discutido sobre su carácter *universal*.¹⁷ Por un lado, hay quienes aducen que estos derechos corresponden al mundo *occidental* y nada recogen de los pueblos indígenas puesto que *no entienden el espíritu o criterios de fondo con que funciona cada sistema*.¹⁸ Mal entonces, podría reclamarse que las formas de administración indígenas se condicionen también a este espectro hasta cierto punto desconocido por las comunidades.

En el otro extremo, una forma de observancia de los derechos humanos indígenas ha sido el reconocimiento de los derechos étnicos y culturales y el respeto a las costumbres jurídicas indígenas por parte de la sociedad nacional y sus aparatos legales y jurídicos. Recorriendo la lucha de los pueblos indígenas para lograr el reconocimiento de sus derechos, se percata que una de las principales armas para

ellos ha sido precisamente la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos. Es decir, hasta ahora en los hechos, lo universal ha contribuido a defender también lo específico de los pueblos indígenas más que a frenarlo.

Ante esta disyuntiva, varios tratadistas prefieren manejar el criterio de *dignidad humana*, como una categoría que abarca un extenso conjunto de derechos humanos que, a primera vista, son universales pero permiten variaciones y excepciones locales.

Profundizando más en el asunto, el conflicto entre derecho positivo y derecho consuetudinario afecta la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas.¹⁹ Uno de los problemas más frecuentes a los que se enfrentan quienes administran la justicia en las zonas indígenas, es el desconocimiento de las leyes por parte de los indígenas.¹⁹ El problema se agrava cuando se acude a las instancias nacionales porque se da un problema de indefensión antes que un problema de mala o errónea aplicación de la ley.

Ante esta situación, varias son las comunidades que a través de sus reglamentos internos impiden expresamente que sus comuneros soliciten la intervención de las autoridades judiciales del Estado para la solución de sus conflictos. Se debe en gran parte a la falta de confianza en el sistema, al atropello de que son objeto por razón del discrimen, del lenguaje, del nivel cultural, y, evidentemente, por el desconocimiento de un sistema que les resulta complejo, lento, engorroso, burocrático y corrupto.

En definitiva, la intención de recurrir a la armonización de los dos sistemas jurídicos es con visos de simplificar los procesos de convivencia del derecho positivo, per se, con el derecho consuetudinario indígena. Lo que se pretende es facilitar las tareas de hacer justicia y de coordinar el sistema nacional con los sistemas indígenas estructuralmente muy diferentes, sobre todo en caso de surgir discusión de competencias.

Es imprescindible marcar lineamientos respecto de la jurisdicción y competencias en las que habrán de moverse las autoridades oficiales y las indígenas. Del mismo modo, es necesario aclarar cuáles serán los mecanismos a emplearse para resolver conflictos que, si bien ocurren dentro de sus territorios, implican la participación de no indígenas. O, en otro caso, cómo habrá de procederse cuando un indígena comete una infracción fuera de su comunidad. Estas son las interrogantes que a nuestro criterio deben ser objeto de un profundo análisis y consiguiente coordinación.

En el mapa del pluralismo jurídico, donde confluyen varios sistemas legales y de resolución de conflictos, *lo difícil es reconocerlos, es decir, tratar de conciliar sistemas de valores eventualmente incompatibles, sin que, en último término, se consagre la prevalencia de alguno*.²⁰

Es cierto que el derecho indígena logró reconocimiento oficial pero también es cierto que muy poco se sabía acerca de lo que se estaba reconociendo. En su discusión del reconocimiento del derecho indígena en los países andinos, Raquel Yrigoyen²¹ distingue entre el *objeto* del reconocimiento y respeto (por ejemplo, procedimientos y normas, autoridades y funciones jurisdiccionales propias), el *titular* (o sujeto) del derecho (por ejemplo, las comunidades o pueblos indígenas), y la delimitación de las *competencias* (territoriales, materiales y personales). Esto sugiere una delimitación

empírica de los sub-campos a través de la definición del objeto del reconocimiento y del sujeto/titular de derechos, por una parte, y, por otra, mediante la definición de competencias. Los dos primeros elementos señalan una dimensión principalmente sociológica/institucional, mientras que la delimitación de las competencias apunta hacia la dimensión

jurídica. La delimitación en todas estas dimensiones es, más que nada, una cuestión de la negociación política-jurídica.

Notas

1. Art. 191, inciso 4to., Constitución Política del Ecuador, agosto 1998.
2. *..este es un problema general de los Estados que tuvieron que constituirse políticamente antes de que tuvieran identidades nacionales claras*, Manuela Carneiro da Cunha, *El concepto de derecho consuetudinario y los derechos indígenas en la nueva constitución del Brasil*, en *Entre la Ley y la Costumbre*, R. Stavenhagen y D. Iturralde, pág. 303, México, 1990.
3. Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*.
4. Cabanellas, Ob. Cit.
5. Trujillo, Julio César, *Justicia Indígena en el Ecuador*, pág. 12, UASB, 2001.
6. A lo largo del artículo se utilizarán indiscriminadamente los términos *administración de justicia ordinaria, estatal u oficial*.
7. Iturralde, Diego, *Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley*, México, 1990.
8. "Existen desacuerdos entre los especialistas con respecto a la naturaleza del derecho consuetudinario. Como ya hemos mencionado, la idea simple de que el derecho consuetudinario existe como un conjunto coherente de normas y reglas no escritas, anterior y distinto al derecho positivo estatal, no es admitida en la actualidad. Es preciso reconocer que la idea misma del derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos. En otras palabras, la relación entre el derecho occidental (colonial) y el (o los) derecho(s) consuetudinario(s) es históricamente una relación de poder entre una sociedad dominante y una sociedad dominada; *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, Rodolfo Stavenhagen, pág. 33, México 1990.
9. Ver también el numeral 7 del artículo 84 de la Constitución Política.
10. Reglamento Interno de la Comunidad de Chibuleo, aprobado en el III Congreso Inti Taita, 1993; Reglamento Interno de la Comuna La Compañía aprobado en febrero de 1998.
11. Para mayor ilustración, ver *Formas Indígenas de administrar justicia: Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Fernando García con la colaboración de Vanesa Saltos, FLACSO ECUADOR, Quito, 2002.
12. Como afirma Assies, en *La Oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?*, Chile, 2000, pág. 2, "esa codificación y formalización vinieron como respuesta a las intromisiones del Estado y es mediada por "agentes externos".
13. Desde 1937 rigen la Ley de Comunas y el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas que se constituyeron en formas jurídicas mediante las cuales el Estado trató de incidir en la vida de los pueblos indígenas.
14. Iturralde, Diego, Op. cit., pág. 55. Otras legislaciones denominan el tema *jurisdicción o fuero especial indígena*, como acontece en el caso colombiano.
15. Los puntos de debate que han surgido hasta el momento sobre este proyecto están relacionados con el empleo del término *nacionalidad*: una corriente sostiene que con ello se reconocería la existencia de un país dentro de otro, mientras que la contraparte indígena sostiene que la expresión se refiere al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural existente al interior de la nación ecuatoriana. Otro tema de discusión es el relativo al manejo de los recursos naturales: el proyecto establece normas para el manejo pleno de los recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios; en contraposición, un grupo de legisladores considera que los indígenas no deben tener control total sobre tales recursos.
16. Al respecto acudir a *Formas Indígenas de administrar justicia: Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, García y otros, pág. 30: "En el desarrollo de la investigación hemos denominado a la ocasión social susceptible de activar la justicia indígena como trasgresión, conflicto o "problema", entendidos como el rom-

Notas

- pimiento temporal del orden social y cultural establecido. Los principales "problemas" identificados en las comunidades analizadas son de diferente tipo y naturaleza. Los hemos agrupado como problemas relacionados con asuntos familiares, sexuales, sociales, de la propiedad y contra la vida".
17. Las concepciones universalistas plantean el carácter absoluto de los valores jurídicos y de las garantías generales de todos los derechos humanos, los cuales serán idénticamente aplicables y exigibles en cualquier contexto cultural.
 18. Albó, Xavier, *Derecho Consuetudinario: Posibilidades y Límites*, Bolivia, 2000.
 19. Stavenhagen nos dice que *Como todo jurista aprende en la escuela, el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, pero la aplicación rígida de esta máxima conduce con frecuencia a grandes injusticias... Ambos extremos son igualmente violatorios de los derechos humanos de los indígenas: la aplicación rígida de leyes cuando éstas no solamente no son comprendidas o son ignoradas, sino cuando con frecuencia no tienen significado alguno en el contexto de la cultura local; o bien, en el otro extremo, declarar al indígena incompetente o incapaz, es decir, despojarlo de sus derechos de ciudadanía.*
 20. Wray, Alberto, *El problema indígena y la reforma del Estado*, en *Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado*, pág. 57, Quito, 1993.
 21. Irigoyen, Raquel, ponencia presentada con ocasión del XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Antropología Jurídica, Arica, Chile, 2000.
-

La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales

Juan Carlos Andrade Dávila

La Constitución Política de la República ha reconocido a la costumbre de los pueblos indígenas como fuente de derecho y ha dado a sus autoridades tradicionales la potestad de juzgar y solucionar sus conflictos internos aplicando procedimientos propios de su pueblo. Al respecto, su artículo 191 inciso final dispone que:

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres de derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatible aquellas funciones con la del sistema judicial nacional.

Como podemos apreciar, las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones de administración de justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos consuetudinarios, a fin de resolver conflictos internos que se produzcan en sus comunidades. Si bien la Constitución Política de la República autoriza para que estas autoridades administren justicia, es necesario delimitar la competencia de las mismas a fin de evitar posibles confusiones de parte de los involucrados en el tema.

Como sabemos, la costumbre es la más antigua de las fuentes del derecho, la primera en el orden histórico, rigió al hombre antes de que el Estado existiera como forma de organización política. La costumbre se caracteriza por no estar escrita y ser aceptada como derecho por un pueblo o un grupo social. El origen de la costumbre es análogo al de los usos o convenciones sociales; pero al agregarse una sanción jurídica, más efectiva que las sanciones sociales, aquella se convierte en norma de derecho cuyo cumplimiento puede ser exigido por los demás miembros del pueblo o del grupo social. Se distingue, por lo tanto, de aquellos usos en virtud de que acuerda a otras personas el derecho a reclamar coactivamente el respeto de la norma establecida.¹

La costumbre es esencialmente no escrita, para su vigencia no necesita de la promulgación y sanción de ninguna autoridad estatal. Esta solo se convierte en derecho cuando ha sido practicada por un período de tiempo más o menos largo. La costumbre es conducta repetida. La repetición y aceptación de la obligatoriedad de las normas consuetudinarias por el grupo social dan a éstas el carácter de jurídicas. En tanto estas normas no sean acogidas y aceptadas por el grupo no devendrán en normas jurídicas.

La costumbre debe reunir dos elementos para que pueda ser considerada como fuente del derecho:

1. El elemento material u objetivo, es decir, el uso, la repetición constante de ésta a través de actos uniformes. El uso debe reunir ciertas características para generar a la costumbre:
 - 1.1. Generalidad: la práctica debe ser común a un determinado círculo de personas que la aceptan como obligatoria. El hábito debe observarse por el mayor número de personas, aunque no se exige que sea su totalidad;
 - 1.2. Constancia: la repetición debe ser constante, cuando, concurriendo las mismas circunstancias, no deja de realizar una serie de actos uniformes. El tiempo y el número dependen de las circunstancias. La constancia resulta de la uniformidad y la continuidad de los actos. El uso no debe haberse interrumpido por omisiones o hechos contrarios, sino que debe haberse seguido regularmente;
 - 1.3. Uniformidad: la uniformidad requiere que se obedezca al mismo principio, a pesar de que los hechos no sean exactamente iguales; y,
 - 1.4. Duración: la duración implica que el uso se lo practique durante un cierto número de años para formar el acuerdo en cuanto a su obediencia.
2. El elemento subjetivo o psicológico, que es la conciencia de su obligatoriedad, o el convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse porque es jurídicamente obligatorio.² La costumbre se diferencia de los hábitos comunes porque aquella viene a cubrir una necesidad jurídica, en tanto que éstos, si bien se los repite en forma general, constante, uniforme y duradera, no sirven para suplir esta necesidad jurídica.

Las autoridades de los pueblos indígenas al momento de impartir justicia deberán tener en cuenta que lo deben hacer con base en la costumbre de su pueblo, pero para que dicha costumbre sea considerada como jurídica, deberá reunir los requisitos enunciados, esto es que haya sido repetida a lo largo del tiempo y que haya sido aceptada por el grupo social como obligatoria. Si no reúne estos requisitos no tendrá fuerza obligatoria y, por tanto, no podrá ser invocada para administrar justicia.

Por mandato constitucional, la costumbre no puede ir en contra de la propia Constitución o de las leyes. Esto quiere

decir que el Código Político al reconocer la costumbre de los pueblos indígenas como fuente de derecho aclara que ésta no puede ser contraria a la ley (*contra legem*). La costumbre de los pueblos indígenas, por tanto, para ser reconocida como fuente del derecho y merecer protección, podrá ser o interpretativa (*secundum lege*) o supletoria (*proeter lege*).

La costumbre interpretativa es aquella que se forma de acuerdo a la ley, y consiste en la observancia de sus preceptos o en su interpretación si la ley se presta a confusiones. La costumbre supletoria surge en ausencia de ley, llenando los vacíos dejados por el derecho escrito. A diferencia de la costumbre interpretativa, la costumbre supletoria genera nuevas normas jurídicas, que no se oponen a las existentes. Esta forma de costumbre complementa el derecho escrito sin contradecirlo. La costumbre contraria a la ley (*contra legem*) surge en oposición a normas legales expresas o se persiste en su práctica pese a que una norma escrita la ha derogado. Si bien en el derecho romano y en el derecho canónico la costumbre podía derogar a la ley, en la actualidad no se acepta que esto suceda; la costumbre en nuestros sistemas jurídicos no puede derogar al derecho escrito. Es precisamente esta línea la que sigue nuestra carta Magna al reconocer el derecho consuetudinario indígena: no lo reconoce sino en los casos en que éste no contradice a la propia Ley Suprema o a las leyes de la República.

Una vez que hemos determinado que la única costumbre que reconoce la Ley Fundamental es aquella que no se opone al ordenamiento jurídico escrito, debemos delimitar el ámbito de competencia de las autoridades indígenas para administrar justicia. El Código Político establece que las autoridades indígenas serán competentes para resolver conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario. Hay que resaltar las palabras de la Constitución cuando habla de **conflictos internos** a fin de delimitar su verdadero alcance. La Real Academia de la Lengua define a interno como interior y a interior como lo que está en la parte de adentro.³ Por tanto, cuando hablamos de conflictos internos estamos haciendo referencia a aquellos litigios producidos al interior del respectivo grupo indígena. Como ya se dijo, para que la costumbre sea fuente de derecho y, por tanto, pueda ser invocada, debe existir la conciencia de su obligatoriedad. ¿Acaso aquellas personas que no pertenecen al grupo social indígena aceptan su costumbre como fuente de derecho y han hecho conciencia de su obligatoriedad? La respuesta es no, ya que como no forman parte del conglomerado social indígena no la aceptan como tal. Por tanto, los únicos conflictos que pueden ser resueltos por las autoridades indígenas son aquellos que se presentan al interior de sus comunidades entre los miembros de las mismas.

¿Qué sucede si un grupo de indígenas miembros de uno de estos pueblos ha salido de su comunidad y se ha asentado fuera de ella? En este caso, si surge un conflicto entre algunos de ellos ¿serían sus autoridades tradicionales competentes para juzgar tales conflictos? Para responder estas preguntas debemos tener en cuenta una realidad social: los pueblos indígenas en Ecuador son pueblos que han desarrollado una cultura de carácter rural, sin importar si son habitantes de la Costa, de la Sierra o de la Región Oriental. Si bien entre ellos pueden existir enormes diferencias, todos tienen en común que fundamentalmente han habitado en áreas ru-

rales, fuera de las ciudades. Esto no quiere decir que no existan indígenas que se autodefinan como tales que actualmente viven en las ciudades, de ninguna manera; tampoco se está queriendo decir que por el hecho de vivir en la ciudad deben dejar de ser indígenas. Ellos, al igual que el resto de la población ecuatoriana, tienen derecho a preservar su personalidad (esto en palabras del artículo 23, numeral 5 de la Constitución). Lo que se quiere decir es que si bien existe un gran número de población indígena en las ciudades, en este entorno no existen comunidades ni grupos indígenas reconocidos como tales. Durante muchos años, en vista de las difíciles circunstancias históricas que han debido afrontar, han desarrollado una cultura con base rural y en este contexto se han desarrollado como pueblos. En reconocimiento de esta realidad es que la Asamblea Nacional Constituyente al redactar el artículo 84 de la Constitución reconoce derechos colectivos a los pueblos indígenas y reiteradamente hace referencia al contexto rural de éstos, tal como cuando en el numeral 2 declara que tendrán derecho a *conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles...*, en el numeral 3 dispone que tendrán derecho a *mantener la posesión ancestral de sus tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita...*, en el numeral 4 establece que *tendrán derecho a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se encuentren en sus tierras*, en el numeral 5 dice que *tendrán derecho a ser consultados sobre los planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras...*, en el numeral 6 establece que se les concede el derecho a *conservar y promover sus prácticas de manejo de biodiversidad y entorno natural*, en el numeral 8 dispone que tienen derecho a *no ser desplazados como pueblos de sus tierras* y en el numeral 12 establece que tienen derecho a *sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de sus lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella*. Por la misma razón es que la Ley Fundamental en su artículo 224 establece que habrá circunscripciones territoriales indígenas que serán establecidas por la ley, a fin de que ellos puedan conservar su cultura ancestral, sus creencias y prácticas de la mejor manera.

En tanto no se creen las circunscripciones territoriales indígenas, las comunidades indígenas se hallan regidas por el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas y por la Ley de Organización y Régimen de Comunas. El artículo 1 del Estatuto reconoce el derecho a la existencia de las comunidades campesinas, muchas de las cuales están conformadas exclusivamente por indígenas. El artículo 2 les reconoce la posibilidad de adquirir personalidad jurídica, en cuyo caso se someten además a la Ley de Organización y Régimen de Comunas. El artículo 1 de la Ley prescribe que todo centro poblado que no tenga la categoría de parroquia, es decir, todo centro de población de carácter rural, que existiera en la actualidad o que se estableciera en lo futuro y que fuere conocido con el nombre de caserío, anejo, barrio, partido, comunidad, parcialidad o cualquiera otra designación llevará el nombre de comuna. Comunidades, parcialidades, partidos, han sido nombres tradicionalmente utilizados para designar a los grupos de población indígena.

La Ley de Organización y Régimen de Comunas dispone que para que se pueda establecer una comuna es necesario que existan dos elementos: el primer elemento es de carácter subjetivo, es decir que debe existir un determinado número de personas que la conformen. Es necesario que exista por lo menos cincuenta personas radicadas habitualmente en la comuna (artículo 5 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas); el segundo elemento necesario para poder organizar una comuna campesina es el elemento objetivo, esto es, que deben los comuneros poseer bienes en común, sean éstos tierras de labranza y pastoreo, aperos de labranza, industrias, acequias, semovientes, establecimientos educacionales u otros (artículo 6 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas). Cuando se reúnen estos requisitos, se podrá constituir una comuna, organizarse como tal a fin de obtener personalidad jurídica, la misma que se adquiere por el simple hecho de atenerse a la ley (artículo 3 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas). Las comunas campesinas se conforman por un determinado número de personas que viven en un territorio. Lo mismo sucede con las comunidades, para que exista una comunidad, debe existir un determinado número de personas radicadas en un territorio, las mismas que tienen bienes comunales que pueden ser utilizados por todos sus miembros de acuerdo a sus necesidades. Como vemos, nuestro ordenamiento jurídico establece que existan organizaciones indígenas y campesinas, organizaciones que se conforman por personas asentadas en un territorio.

Los litigios que se producen al interior de estas organizaciones son conflictos que se producen entre sus miembros dentro de su territorio. Cuando se presenta un diferendo entre miembros de la comuna o de la comunidad fuera de su territorio, éste no puede ser considerado y tratado como si fuera un pleito interno de éstas; igualmente, si se produce un litigio con personas que no se cuenten entre sus miembros, éstos tampoco pueden ser considerados como de la comunidad socialmente organizada. Para que un litigio sea considerado como conflicto interno de un pueblo indígena deberá haberse producido en su territorio propio y entre sus miembros, ya que no se puede aplicar sus normas consuetudinarias a quienes las desconocen y no las reconocen como jurídicamente obligatorias, así como tampoco corresponde que estas normas se apliquen fuera de su entorno territorial, toda vez que se estaría extralimitando de su jurisdicción territorial.

Por otra parte, cuando un conflicto alcanza la esfera de lo público en virtud de que el bien jurídico lesionado interesa a toda la sociedad, en su conjunto, no únicamente a sus implicados directamente. La comisión de un delito penal no afecta únicamente a un bien jurídico particular, sino que afecta a toda la sociedad, en virtud de la zozobra que genera, no sólo afecta bienes jurídicos de los particulares, sino que afecta bienes jurídicos de todo el conglomerado social. Por esta razón, su juzgamiento y sanción están reservados a las autoridades del poder público estatal y no a los particulares. No se puede considerar que la comisión de un delito penal afecta únicamente a los miembros de la comunidad indígena en la que se cometió, es un asunto de competencia del Estado, y por ello debe ser juzgado por sus jueces o tribunales competentes. Las autoridades indígenas tradicionales no son competentes para juzgarlos.

Si el argumento previo no se lo acepta porque se considera que los litigios derivados de la comisión de un delito penal pertenecen al ámbito interno de la comunidad, ya que se considera que son conflictos entre la comunidad y sus miembros, debemos recordar que la Constitución es clara al reconocer el derecho consuetudinario indígena como fuente de derecho. Éste no puede contradecir al Código Político o a las leyes de la República. En el propio texto constitucional se establece que se requiere de la expedición de una ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes (artículo 141 numeral 2), es decir, es exclusiva potestad del legislador el tipificar una conducta como penalmente punible y establecer una pena para el caso de que alguien incurra en ella. A su vez, el artículo 24 numeral 1 de la Carta Suprema contempla que *nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a leyes preexistentes, con observancia del trámite propio a cada procedimiento*, en tanto que en el artículo 2 inciso primero del Código Penal vigente se dispone que *nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté establecida en ella*. Queda claro que tanto la Constitución como el Código Penal establecen que sólo mediante una ley penal se puede declarar una conducta como punible y sólo en una ley penal se pueden establecer sanciones de carácter penal. Si la costumbre del respectivo pueblo indígena considera una conducta como penal y establece una sanción para ésta sin que haya sido tipificada y sancionada por una ley penal, está contradiciendo normas expresas de la Constitución y de la ley, por lo que no puede ser aplicada. Las normas consuetudinarias no tienen fuerza para derogar o modificar a la ley. La Ley Suprema es muy clara al respecto. Por tanto, considero que las normas del derecho indígena no pueden ser utilizadas para juzgar ninguna conducta como infracción penal ni para establecer penas por su comisión.

Como hemos visto, en virtud del principio de legalidad en materia penal, las normas consuetudinarias indígenas de ninguna manera pueden tener carácter penal. Tampoco sus autoridades pueden juzgar conductas penales. Recordemos que en el artículo 24 numeral 11 del Código Político se establece que *ninguna persona puede ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen al efecto*. ¿Quiénes son los jueces competentes en materia penal? Para responder esta pregunta debemos acudir al Código de Procedimiento Penal vigente. El artículo 16 de dicho cuerpo legal establece que *sólo los jueces y tribunales penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal*, en tanto que el artículo 17 dispone que *son órganos de la jurisdicción penal en los casos, formas y modos que las leyes determinan*:

- 1) Las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia;
- 2) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia;
- 3) Las Salas que integran las Cortes Superiores de Justicia;
- 4) Los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia;
- 5) Los Tribunales Penales;
- 6) Los jueces penales;

7) *Los jueces de contravenciones; y,*

8) *Los demás jueces y tribunales establecidos por leyes especiales.*

Por su parte, el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal establece que *la competencia penal nace de la ley*. Únicamente ejercen jurisdicción en materia penal los jueces y tribunales a los que la ley les atribuye esta potestad, es decir, sólo pueden juzgar la comisión de delitos penales los órganos de la Función Judicial a quienes la ley les asigna tal competencia. A las autoridades indígenas ni la Constitución ni la ley les asigna competencia en materia penal para administrar justicia, por lo que no pueden administrar justicia en materia penal. Si así lo hacen, se están atribuyendo una potestad que no les ha sido concedida, por lo que están excediendo las atribuciones que la Constitución les otorga, irrogándose funciones que no les son propias.

Si bien la norma contenida en el artículo 9 numeral 1 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece que *en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*, no debemos olvidar que en Ecuador existe una incompatibili-

dad con nuestro sistema jurídico nacional, toda vez que tanto nuestra Constitución Política como nuestras leyes penales han establecido el principio de reserva legal en materia penal, por lo que tampoco es acertado invocar esta norma para pretender dar unas competencias en el juzgamiento de materias penales a las autoridades tradicionales indígenas.⁴

Por tanto, debemos concluir que las autoridades de los pueblos indígenas únicamente pueden administrar justicia sobre asuntos propios de su comunidad, teniendo en cuenta que estas comunidades se forman por un conglomerado humano que vive en un determinado territorio. Litigios internos de la comunidad pueden ser problemas de linderos, de acceso al agua de riego debidamente concesionada por autoridad competente, utilización de los campos de caza, pesca o pastoreo, de los recursos naturales propios de la comunidad, salvo los no renovables que son directamente administrados por el Estado (artículo 247 de la Constitución, artículos 623 y siguientes del Código Civil), etcétera. No son competentes para administrar justicia cuando el conflicto trasciende de la esfera estrictamente comunal, ni cuando la ley reserva a las autoridades del Estado la competencia para hacerlo, tal como en el caso de la administración de justicia penal.

Notas

1. Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al Derecho*, duodécima edición actualizada, reimpresión, 2000, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 221.
2. Monroy Cabra, Marco, *Introducción al Derecho*, duodécima edición aumentada y corregida, 2001, Themis, Bogotá, págs. 175 y 176.
3. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Edición, 1984, Tomo II, Madrid, págs. 781 y 782.
4. No sucede lo mismo con la norma contenida en el numeral 2 del artículo 9 del citado Convenio de la OIT. Esta norma es directamente aplicable, por lo que los jueces y tribunales penales deberán tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas para el juzgamiento de los delitos cometidos por ellos.

Indígenas: Convenios internacionales y legislación nacional

Francisco Díaz Garaycoa

No es nuevo el interés por las llamadas poblaciones indígenas y sus problemas. A lo largo de siglos, por distintos medios se han expresado preocupaciones por la situación de injusticia en la que generalmente se desenvuelven. Sus problemas han dado lugar en el pasado a diversas manifestaciones, en particular en la literatura y en la pintura, de denuncia y protesta. Son innumerables las obras en las cuales se describe con desgarrador estilo el dolor de los indígenas. Basta citar en nuestro país la novela *Huasipungo* de Jorge Icaza o la producción pictórica y muralista de Guayasamín y Kingman, quienes siguieron la huella de maestros mexicanos como Orozco, Rivera, Alfaro Siqueiros.

En el campo político el tema ha concitado la constante atención de los foros nacionales e internacionales, los cuales han producido múltiples documentos y proclamas dirigidos a protestar por las injusticias y postergaciones de estas poblaciones y a procurarles medios de protección y apoyo.

En las últimas décadas, tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas como distintas oficinas a ella vinculadas, como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO-, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación -FAO-, la Organización Mundial de Salud -OMS- y la Organización Internacional del Trabajo -OIT-,¹ aprobaron instrumentos de alcance internacional que expresan la preocupación por la temática y proponen medidas para brindar garantías especiales a las minorías indígenas existentes.

La amplitud del tema volvería muy difícil abarcarlo en sus diferentes facetas; incursión que tampoco correspondería a una revista especializada en cuestiones jurídicas, como *Iuris Dictio*, de allí que optaremos por enmarcar este artículo en el plano jurídico y, dentro de él, en la legislación internacional, en particular los Convenios y Declaraciones de la OIT. A partir de ese análisis nos adentraremos en la problemática del indigenismo ecuatoriano, sus logros en el plano jurídico, sus reivindicaciones y demandas.

Previamente es conveniente recordar que, en materia etnológica el término indígena está vinculado con el poblador autóctono de aquellos territorios ocupados en su época por una potencia o metrópoli, ya sea a través de la conquista o de otras formas de dominación; y que, luego de la independencia del respectivo país, sus descendientes conservan las costumbres, tradiciones y formas de vida de sus remotos antepasados.

El afán de encontrar nuevas rutas marítimas, en algunos casos, o el deseo de expandir sus dominios, en otros, llevó a las llamadas potencias o metrópolis a aventurarse en territorios hasta entonces desconocidos o inexplorados, la mayoría de los cuales contaban con poblaciones autóctonas, las

cuales fueron colonizadas con la consiguiente transmisión de valores e instituciones políticas, culturales, religiosas, en sustitución de las suyas originales. Este mestizaje condujo a la virtual desaparición de los indígenas y de su patrimonio cultural.

Pero, la simbiosis no fue plena y total ya que, en buena parte de los países surgidos de las antiguas colonias, se mantuvieron núcleos humanos de mayor o menor dimensión en los cuales permanecieron intactos la casi totalidad de valores, instituciones y costumbres anteriores a la presencia de la metrópoli. De esas poblaciones, generalmente minoritarias, es de las que tratan los convenios y las legislaciones, sobre el indigenado con distintos enfoques o concepciones.

La OIT y los indígenas

Objetivo fundamental y permanente de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- es la creación de un marco legal de validez universal, en el cual se conciba al trabajo como un valor humano protegido por mecanismos legales y reconocido como una aportación invaluable para alcanzar el bienestar del hombre. Bajo este precepto, la OIT ha dedicado especial atención a la protección de aquellos segmentos considerados más débiles dentro de la sociedad, como las mujeres y los niños. Hacia ellos estuvieron dirigidas las primeras convenciones aprobadas por la organización, y continúan mereciendo el interés de sus órganos.

Convenios Internacionales Nos. 107 y 169

Uno de los grupos merecedores de la preocupación de la OIT ha sido el de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, cuya situación social y económica les impide beneficiarse plenamente de los derechos y oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población. Esta realidad llevó a la OIT a adoptar, en el año 1957, el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, el que representa un aporte fundamental para alcanzar la protección de las poblaciones concernidas.

El contenido de este Convenio tiene como principal orientación el procurar la integración progresiva de los indígenas en sus respectivas colectividades nacionales. Paralelamente persigue el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los indígenas.

Es muy importante tener en cuenta el propósito integracionista del Convenio No. 107, pues tal concepción difiere en forma sustancial de los objetivos del Convenio No. 169, adoptado en el año 1989, esto es 32 años más tarde, por la propia OIT, conforme examinaremos más adelante.

El Convenio 107 consta de 37 artículos; de ellos los primeros 29 contienen regulaciones, mientras los 8 finales son meramente operativos. El Convenio está dividido en seis partes, a saber: Principios Generales; Tierras; Contratación y Condiciones de Empleo; Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales; Seguridad Social y Sanidad; Educación y Medios de Información; Administración; y, Disposiciones Generales.

Ámbito

El artículo 1 señala a quiénes se aplica el Convenio, esto es, define el ámbito del mismo; para el efecto indica que alcanza:

A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.

Añade la disposición que, a los efectos del Convenio, el término *semitribal* comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional.

Integración

El artículo 2 define con claridad el propósito esencial, al señalar que *Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países.* El literal c) del párrafo 2 del mismo artículo precisa que esos programas deberán comprender medidas *...que creen posibilidades de integración nacional, con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de esas poblaciones.*

El Convenio cuida que la integración se produzca en forma progresiva, mediante acciones para mejorar las condiciones económicas y culturales; desecha las acciones forzadas y las medidas artificiales o impuestas. En todo caso, promueve la asimilación y, con ello, busca que las diferencias desaparezcan o se reduzcan de manera paulatina; admite que, en forma temporal, se apliquen medidas especiales de protección, pero garantiza que ellas no se constituyan en discriminación en contra de los derechos generales de la ciudadanía (art. 3).

Respeto

El art. 4 señala que al aplicar las disposiciones del Convenio relativas a la integración, se deberán tener en conside-

ración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestas a cambios de orden social y económico.

Por su parte el art. 5 remarca que los gobiernos deberán buscar la colaboración de las poblaciones en cuestión y de sus representantes al aplicar las disposiciones relativas a la protección e integración.

Por otro lado, el art. 7 ordena que, al definir los derechos y obligaciones de las poblaciones en cuestión, se deberá tomar en consideración su derecho consuetudinario. Así mismo, dicho artículo manda que poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.

En cuanto a la aplicación de penas por infracciones cometidas por miembros de dichas poblaciones, el art. 8 señala que, en la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país, deberán ser utilizados en todo lo posible sus métodos de control social.

Sobre la misma materia punitiva, el art. 10 señala que al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.

De las mencionadas disposiciones del Convenio fluye que sus autores buscaron asegurar el respeto a las instituciones y valores culturales de las poblaciones protegidas, sin perjuicio de promover su integración o asimilación.

Tierras

La Parte II del Convenio regula un aspecto fundamental en la vida de las poblaciones indígenas, cual es el reconocimiento al derecho de propiedad colectiva o individual sobre las tierras tradicionalmente ocupadas (art. 11).

También se prohíbe trasladar a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones (art. 12).

A su vez, el art. 13 señala que deberán respetarse los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones, en el marco de la legislación nacional y mientras no obstruyan el desarrollo económico y social del país.

Las demás Partes del Convenio atienden principalmente aspectos vinculados con los objetivos laborales directos de la OIT, como el Empleo, la Seguridad Social y la Formación Profesional como medios para elevar los niveles de vida de las poblaciones, pero sin afectar sus valores culturales ni incurrir en discriminaciones, positivas o negativas, salvo en cuanto las primeras surjan de la aplicación temporal de medidas especiales de protección y promoción.

Por último, el Convenio regula aspectos relacionados con la Salud y la Educación, con especial mención, en el último aspecto, de cuidados especiales para evitar choques culturales; se incluye una referencia expresa a la transición progresiva de la lengua materna o vernácula a la lengua nacional o a una de las lenguas oficiales del país, sin perjuicio

de conservar las primeras. En todo caso, se contempla la necesidad de enseñar a los niños de las poblaciones en cuestión a leer y escribir en su lengua materna.

El Convenio 107 (1957) fue ratificado por 27 miembros de la OIT; la organización cuenta en la actualidad con alrededor de 180 integrantes. Ecuador ratificó oportunamente este Convenio; también lo hicieron Argentina, Brasil, Bolivia, Cuba, México, Panamá, entre otros países de la región latinoamericana. A raíz de la entrada en vigor del Convenio 169 (1989), para aquellos países que lo ratificaron tal decisión significó que, *ipso jure* denunciaban el Convenio 107, efecto jurídico contemplado expresamente en el art. 43 del nuevo Convenio.

Convenio No. 169 de la OIT

En junio de 1989, la Asamblea General de la OIT aprobó la Convención No. 169, denominada *Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, cuya orientación difiere de manera radical del Convenio 107. Así lo señala en forma expresa uno de sus considerandos que dice: ... *Que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.*

En otro considerando se expresa lo siguiente: *Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.*

No puede estar más claro que los propósitos del nuevo Convenio se orientan a fortalecer la identidad de las poblaciones indígenas, dejando a un lado la *orientación hacia la asimilación* que caracteriza el Convenio 107; por ello se explica el efecto *ipso jure* de denuncia del Convenio 107 conferido a la ratificación del 169. Se trata, pues, de una revisión expresa del Convenio 107, conforme se señala en otro de los considerandos del nuevo convenio.

El Convenio 169 consta de 44 artículos divididos en 10 Partes; de ellos 35 son de carácter regulatorio y, los demás meramente declarativos. Las Partes tienen las mismas denominaciones que las correspondientes del Convenio 107, salvo una nueva que se denomina Contactos y Cooperación a través de las Fronteras (VII), cuyo único artículo ordena a los gobiernos conceder facilidades para que se produzcan dichos intercambios.

Ámbito

El Convenio nuevo se aplica a los mismos actores o beneficiarios del 107, pero introduce el uso del término *pueblos* en lugar de *poblaciones* utilizado en el que revisa. En todo caso, se deja en claro al final del artículo 1 que la utilización del término *pueblos* no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional. En todo caso, la insistencia en incluir el término demuestra el afán de los promotores de los cambios por ampliar los alcances del Convenio.

También se incluye un párrafo para recalcar que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio (Art. 1 .2). Se trata del reconocimiento a un estado de ánimo más que la existencia objetiva de las condiciones requeridas para determinar la condición de indígena. Ello puede llevar a ampliar en demasía la aplicación del Convenio y extenderlo hacia grupos de campesinos mestizos que procuren acogerse a su amparo, según las conveniencias.

Participación

Dentro de la misma Parte I resalta el énfasis puesto en el nuevo Convenio a la participación de los pueblos interesados en las distintas acciones que deben cumplir los gobiernos para la protección de sus derechos. Esta es una clara diferencia respecto al Convenio 107, en el cual esa participación es mucho más limitada y esporádica. A ello se añade la constante utilización de la consulta a los pueblos interesados, como cuestión previa para la aplicación de las disposiciones del Convenio. Los artículos 2 .1, 6 y 7 son reiterativos en señalar la necesidad de la participación, consulta y decisión de prioridades. De esta forma, se confiere a los pueblos indígenas un papel protagónico y no el de simples receptores de las decisiones de los gobiernos.

El apartado I del art. 2 del Convenio dice lo siguiente: *Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.*

Por su parte, el art. 6 ordena que al aplicar las decisiones del Convenio los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

El art. 7 establece que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

El propio art. 3 en su apartado 4 dispone que los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. Esta referencia al tema ecológico constituye una novedad y ha servido de fundamento para las reivindicaciones de los pueblos interesados en materia de preservación y cuidado ambiental.

Tierras

Como innovación principal en esta Parte del Convenio (II), cabe mencionar la utilización del término *territorios* como sinónimo de tierras y la precisión de que el concepto de territorios cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera (art. 13 punto 2).

A más de reconocer el derecho de propiedad y tener posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos interesados (art. 14), el nuevo Convenio enfatiza el reconocimiento a sus derechos, a los recursos naturales en sus tierras, incluyendo la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

El apartado II del art. 15 establece que: *En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.*

La disposición antes referida representa un avance significativo para los pueblos indígenas con relación al Convenio 107, el cual centraba la protección en el derecho de propiedad colectiva.

Las demás partes del Convenio referentes a materias laborales, de empleo, formación profesional y seguridad social, reproducen básicamente las garantías contenidas en los correspondientes del Convenio 107, con énfasis especial en la participación y consulta a los pueblos interesados.

El Convenio 169 ha recibido 14 ratificaciones hasta el término del año 2000. Entre los países ratificantes, a más de Ecuador, se encuentran Argentina, Colombia, Bolivia, Guatemala, México y Perú. De otras regiones ha sido ratificado por Dinamarca, Noruega y los Países Bajos.

En más de una década de vigencia del Convenio, son numerosas las quejas presentadas ante los órganos de control de la OIT por grupos calificados como *indígenas*, dirigidos a alcanzar se observe a sus respectivos gobiernos por supuestos incumplimientos del Convenio, particularmente en temas relativos a las tierras o territorios sobre los cuales alegan tener derechos.

El análisis efectuado sobre los Convenios 107 y 169 de la OIT, permite concluir que en la actualidad prevalece un marco jurídico orientado principalmente al respeto de la identidad de los pueblos aborígenes, sin perjuicio de promover su acceso sin discriminación económica al goce de las instituciones jurídicas, culturales y sociales existentes en los respectivos países de los cuales forman parte.

En todo caso, es necesario resaltar que uno y otro Convenio dejan siempre a salvo que el reconocimiento de los derechos en favor de los pueblos indígenas no incluye reivindicaciones que afecten su condición de integrantes de los respectivos Estados ni significa que los pueblos interesados queden al margen del ordenamiento jurídico general que rige en dichos Estados.

De manera que no procede invocar los convenios de la OIT como antecedente válido para promover acciones separatistas o para propiciar el desconocimiento del orden jurídico establecido. Lo que buscan dichos convenios es conciliar los valores, tradiciones y costumbres de los pueblos concernidos con las instituciones del Estado al cual forman parte.

El Convenio 169 y Latinoamérica

Los movimientos internacionales a favor de la causa indígena que llevaron a la expedición del Convenio 169 fueron precedidos de intensas acciones de promoción en los distintos países de Latinoamérica, en particular en aquellos que cuentan con una numerosa población autóctona, como Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador, México y Guatemala. Se podría decir que esa promoción preparó el camino, tanto para crear organizaciones nacionales y regionales de indígenas, como para generar una conciencia social alrededor de la temática. De esta forma se facilitó que una vez aprobado el Convenio 169, y aún antes de ello, en la mayoría de los países de la región aparezcan debidamente estructuradas las organizaciones de indígenas, como la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador -CONAIE-, con propuestas y reivindicaciones definidas y con exigencias para la ratificación del Convenio No. 169 y la expedición de una legislación nacional que desarrolle sus preceptos.

La innegable justicia de la causa indígena y la crónica inestabilidad política de los países de la región facilitó para que las demandas sean recogidas no solo en leyes secundarias, sino en nuevos textos constitucionales de Perú, Colombia, Venezuela y Ecuador, por solo citar a países andinos, en todos los cuales por coincidencia se expidieron nuevas constituciones durante la última década del siglo pasado, que incluyeron capítulos expresos relativos a los indígenas, sus derechos y garantías.

Colombia

Luego de muchas décadas de vigencia de su anterior Constitución, en 1991, Colombia aprobó una nueva Constitución Política,² en la cual se incluyeron varias disposiciones referidas a los indígenas, sus territorios y derechos.

Dentro de la Organización Territorial de Colombia, el artículo 286 de la Carta Política incluye a los *territorios indígenas*, como entidades territoriales junto con los departamentos, los distritos y los municipios. Sin embargo, el art. 102 señala que *el territorio, como los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la nación.*

El artículo 329 señala que *La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.*

Por otra parte, el art. 330 dispone que *...los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:*

- 1) *Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.*

- 2) *Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo.*
- 3) *Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.*
- 4) *Percibir y distribuir sus recursos.*
- 5) *Velar por la preservación de los recursos naturales.*
- 6) *Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.*
- 7) *Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional.*
- 8) *Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren.*

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Por otra parte, la Constitución contiene expresas referencias a la *nacionalidad colombiana*, sin contemplar ninguna otra acepción para el término nacionalidad que pueda conferirse a las poblaciones indígenas. El artículo 70 señala que *la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad*. Por su parte, el art. 78 establece que *los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural*.

El artículo 73 declara que *...las tierras comunales y grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables*.

Con relación a la justicia, el artículo 246 reconoce que *...las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República...*

Las normas constitucionales citadas son desarrolladas en una amplia legislación secundaria. Bien puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano recoge con fidelidad el espíritu y la letra del Convenio No. 169. En él se reconocen los derechos de los pueblos indígenas, pero sin afectar la unidad ni los demás elementos constitutivos de la Nación Colombiana.

Perú

En el año 1993, fue aprobada la vigente Constitución Política de la República del Perú,³ cuyo artículo 2 reconoce el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural. Además, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (No.19). El art. 43 proclama la unidad e indivisibilidad del Estado.

Los artículos 88 y 89 regulan de manera conjunta sobre las comunidades campesinas y nativas, pudiendo entenderse que el último término se utiliza para denominar a las poblaciones indígenas. En todo caso les garantizan la autonomía en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece, se agrega que la propiedad de sus tierras es imprescriptible,

salvo el caso de abandono. Por último se añade que el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

En lo referente a la administración de justicia, el art. 149 señala que *...Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.*

Sin contar con la amplitud de la normatividad colombiana, bien puede afirmarse que los preceptos constitucionales del Perú contienen similares reconocimientos a favor de los pueblos indígenas. Adicionalmente, existe una profusa legislación secundaria sobre la materia.

Venezuela

La actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue aprobada y entró en vigor en el año 1999;⁴ el Capítulo VIII del Libro II se denomina **De los derechos de los pueblos indígenas**, comprende los artículos 119 a 126. El primero de ellos dice así: *El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.*

El artículo 120 se refiere al aprovechamiento de los recursos naturales de los hábitat indígenas por parte del Estado. Se garantizará que se lo hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e igualmente, está sujeta a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

El artículo 121 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural; a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe.

El artículo 122 les reconoce el derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El siguiente artículo les reconoce el derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas. Otros artículos de este capítulo sirven para reconocerles el derecho a la propiedad intelectual (123) y, a la participación en política (125).

La Constitución no desarrolla normas referentes a derechos económicos, ni a participación de los pueblos indígenas en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales o del subsuelo.

Cabe resaltar que el artículo 126 precisa que los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, como único, soberano e indivisible. Añade la disposición que los pueblos indígenas tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

De esta forma, la Constitución venezolana hace expreso reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas, pero deja en claro que tal reconocimiento y el ejercicio de los derechos se harán como parte indisoluble de la nación, a más de imponer a los pueblos interesados el deber de salvaguardar la unidad y soberanía nacional, de manera que no deja abierta ninguna posibilidad para suponer que, partir del reconocimiento, pueda producirse una secesión indígena que fracture el Estado indivisible.

Ecuador y el tema indígena

La proximidad con la problemática interna del país nos permitiría un recorrido mucho más amplio acerca del tema indígena en Ecuador, sin reducirnos a las referencias constitucionales conforme lo hemos hecho con otros países andinos. Sin embargo, por temor a crear una asimetría en el análisis global, que es el objetivo del presente estudio, nos limitaremos a revisar ciertos antecedentes principales y a señalar el ordenamiento legal vigente en el país.

Hito fundamental en la trayectoria reivindicativa es sin duda el llamado levantamiento indígena nacional de 1990, con el cual a juicio de los promotores, se *inicia una nueva época en el país, se reconoció a los indígenas un sitio como actores políticos (...) como actores colectivos dispuestos a defender su integridad, como pueblos o nacionalidades al amparo de un marco jurídico internacional que ventajosamente contempla principios universales idóneos que respaldan su lucha y demandas.*⁵

Una de las conquistas tangibles del levantamiento fue el reconocimiento del gobierno nacional de los territorios de algunas poblaciones de la región amazónica del país. Tal medida se adoptó en 1992, luego de aprobado el Convenio 169 de la OIT, pero seis años antes que Ecuador lo ratificara.

De igual manera, en 1996,⁶ se incorporó en la Constitución Política del Estado una declaración sobre el carácter multicultural y multiétnico del Estado ecuatoriano.

Los cambios políticos ocurridos en febrero de 1997, la caída del gobierno del abogado Abdalá Bucarám y su reemplazo por el doctor Fabián Alarcón como presidente interino, abrieron el camino para la convocatoria de una Asamblea Nacional encargada de elaborar y poner en vigencia una nueva Carta Constitucional. Esta decisión adoptada por plebiscito recogió las demandas de las organizaciones indígenas, las cuales propugnaban transformaciones radicales en las estructuras institucionales de Ecuador.

Las organizaciones indígenas y otros movimientos sociales elaboraron un proyecto de Constitución Política⁷ que fue sometido a la Asamblea Nacional; dicho proyecto contemplaba la sustitución del Estado unitario y la Nación única por un Estado plurinacional de corte federalista, con reformas en todas las instituciones y reconocimiento de derechos y de garantías, muchas veces de carácter especial, a favor de los indígenas.

La Asamblea Nacional encontró serios impedimentos para aceptar la propuesta de los indígenas, pero al no tener la fuerza necesaria para desecharlas, buscó una salida intermedia de gran peligrosidad, por la cual sustituyó el concepto de nacionalidad por el de ciudadanía. De esa forma, sin decirlo expresamente, desapareció de la Carta Fundamental

la tradicional *nacionalidad ecuatoriana* y, con ello, el concepto de Nación del cual aquella deriva para sustituirlo por el de *ciudadanía ecuatoriana*. (arts. 6 a 12).

La Asamblea Nacional no incorporó en la Carta Política la plurinacionalidad demandada por los indígenas; se limita a hacer una referencia eufemística a las nacionalidades indígenas en el artículo. 83 de la nueva Constitución que entró en vigor a partir del 10 de agosto de 1998. Dicho artículo dice así: *Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales.*

Menos mal que entre todas las piruetas realizadas, la Asamblea incluyó en el mismo artículo 83 una la declaración que integra a los indígenas al Estado único, lo cual, cabe reconocer, también consta en el proyecto de texto constitucional presentado por las organizaciones indígenas y movimientos populares.

Conviene tener en cuenta que el Convenio 169 no incluye en parte alguna el concepto de plurinacionalidad, solo avanza hasta la incorporación al texto del término *pueblos*. De manera que la propuesta de las organizaciones indígenas ecuatorianas va mucho más allá del propio instrumento internacional.

El Convenio 169 y la legislación nacional

El Estado ecuatoriano, a través del Congreso Nacional, aprobó el día 14 de abril de 1998, el Convenio 169; la resolución se publicó en el número 304 del Registro Oficial, correspondiente al 24 de los mismos mes y año. La ratificación fue comunicada a la OIT mediante nota del 15 de mayo de 1998.

La nueva Constitución Política,⁸ hoy vigente, incorpora diversas disposiciones relacionadas con los pueblos indígenas; el capítulo 5 del título III, se denomina De los Derechos Colectivos; la Sección Primera está dedicada a los pueblos indígenas y negros, comprende los artículos 83, 84 y 85; el primero de ellos lo hemos transcrito anteriormente.

El art. 84 está dedicado exclusivamente a los derechos colectivos reconocidos a los indígenas, su texto dice así: *El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*

- 1) *Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.*
- 2) *Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.*
- 3) *Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.*
- 4) *Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*
- 5) *Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos*

- proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.
- 6) Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.
 - 7) Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.
 - 8) A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.
 - 9) A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.
 - 10) Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.
 - 11) Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.
 - 12) A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.
 - 13) Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales y a un adecuado financiamiento del Estado.
 - 14) Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.
 - 15) Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Adicionalmente, el cuarto párrafo del artículo. 191, que forma parte del Título VIII dedicado a la función judicial, señala lo siguiente: *Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.*

Aparte de la concesión anotada en materia de nacionalidad, puede decirse que la Constitución de 1998 no va más allá de los preceptos contemplados en el Convenio 169, pues no recoge el proyecto político contenido en la propuesta constitucional de las organizaciones indígenas, en particular la creación de varias naciones dentro del mismo Estado y la conformación de una especie de Estado confederado.

Parecería que, una vez alcanzado el reconocimiento de derechos y garantías con rango constitucional, a las organizaciones indígenas les correspondería impulsar su aplicación efectiva, para lo cual será necesario dictar, expedir leyes secundarias y reglamentos; crear organismos y para su aplicación asegurar recursos financieros y, afianzar el derecho a la participación y consulta reconocidas en su favor.

No puede pretenderse eliminar de un solo golpe los resentimientos que sin duda existirán en los indígenas y su dirigencia por las postergaciones sufridas a lo largo de siglos, pero ello no puede servir como justificante para reivindicaciones que pueden llevar a enfrentamientos entre ecuatorianos y provocar reacciones en contra de las propuestas de los pueblos indígenas.

De allí que resulte preocupante revisar el contenido del proyecto de Ley de Nacionalidades y Pueblos Indígenas⁹ presentado ante el Congreso Nacional por legisladores directamente vinculados con la CONAIE y apoyado por la

propia organización, el cual merece serios reparos a partir de su propia denominación.

En efecto, no parece admisible que mientras la mayoría no indígena de la población nacional apruebe a través de sus representantes en la Asamblea Nacional de 1998, la sustitución del término *nacionalidad* por el de *ciudadanía*, para conciliar con la propuesta de incluir la plurinacionalidad en el texto constitucional, en el proyecto de ley en trámite se califique como nacionalidades a las poblaciones o comunidades indígenas, con lo cual de hecho se aceptaría la condición plurinacional del Estado ecuatoriano.

En la Exposición de Motivos y en los Considerandos del proyecto en cuestión se invocan los artículos 83 y 84 de la Constitución y el Convenio 169, como antecedentes principales de la ley; no obstante ello, el texto del proyecto se aparta repetidamente de las normas constitucionales y del Convenio; en él se incursiona en campos económicos no señalados en dichos instrumentos, cual es el caso, a título de ejemplo, del turismo y las obras de infraestructura, para fines de participación económica de las comunidades involucradas. La Constitución limita tal participación a la explotación de recursos naturales. De igual manera, mientras la norma constitucional limita el derecho a ser consultados los indígenas a planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables, el proyecto extiende la obligatoriedad de la consulta también en la explotación de recursos renovables.

Muchos otros aspectos del proyecto exceden el alcance de las normas constitucionales y del Convenio; su aprobación conllevaría el riesgo de propiciar una injerencia excesiva de los indígenas en la administración del Estado, a través de mecanismos de gobierno comunal, de administración de justicia tradicional y de solución de diferencias por medios distintos a los contemplados en el régimen legal general.

En un país como Ecuador, en que el mestizaje racial y cultural alcanza la casi totalidad de la población, parecería muy riesgoso crear una superposición de sistemas legales y administrativos; cuando no existen definidos los ámbitos territoriales en los cuales se aplicará, por ejemplo, el derecho consuetudinario propio de cada una de las 12 *nacionalidades* indígenas existentes, ni se encuentran contrastados los sistemas de justicia propios de cada *nacionalidad*, con el régimen de justicia fijado para los demás habitantes del país, es fácil concluir que, antes que promover la justicia social y la armonía entre ecuatorianos, se estaría promoviendo el conflicto social y el enfrentamiento.

Resulta aconsejable meditar sobre estas realidades; debemos reconocer y respetar la diversidad, pero sin llevar las cosas a extremos peligrosos ni pretender estirar en demasía los alcances de normas constitucionales o convenios internacionales que contienen reconocimientos definidos.

Si bien es indiscutible la postergación sufrida por los indígenas y por muchos otros ecuatorianos de distinta condición racial o cultural, ello no debe conducirnos a presionar más allá de la realidad existente. La legislación ecuatoriana reconoce a todos sus habitantes un conjunto de garantías fundamentales, entre las cuales está la igualdad ante la ley, la no discriminación y el acceso a los mismos beneficios en el orden educacional, de salud y seguridad social. No puede ignorarse que muchas veces tales garantías no se aplican o cumplen, pero tal realidad no puede sustituirse con nuevas

leyes ni tampoco con trastocar el orden existente para convertir a los postergados de ayer en los privilegiados del mañana.

En el mundo existen muchos casos de reivindicaciones profundas alcanzadas sin trastornos sociales mayores. Nelson Mandela lideró durante décadas una revolución pacífica en Sudáfrica, la cual puso fin al más ignominioso sistema legal de desigualdades y discriminaciones raciales y sociales.

Afortunadamente nuestro país no vive un caso semejante; por eso mismo es necesario que los líderes nacionales de la causa indígena y de cualquiera otra acción reivindicativa social, asuman con la mayor responsabilidad y el máximo de equilibrio su papel como conductores de una reforma

progresiva que conduzca a la anhelada justicia e igualdad. Esa tarea no debe postergar a los demás ecuatorianos, ni mucho menos fundamentarse en el odio o el revanchismo. En los últimos diez años los avances a favor de los indígenas resultan significativos, de manera que no cabe malograrlos por pretensiones o ambiciones excesivas. Ecuador es el hogar de todos sus habitantes, en el cual la fraternidad y el respeto al derecho ajeno deben ser los medios para alcanzar paulatinamente la justicia social y el bienestar económico. Desintegrar el país en mil fracciones puede llevarnos a una experiencia traumática de la cual nunca dejaremos de arrepentirnos.

Notas

1. Convenio 107, Conferencia Internacional del Trabajo Junio 1957. Convenio 169, Conferencia Internacional del Trabajo Junio 1989.
 2. Colombia: Constitución Política, Editorial Temis, 1991.
 3. Perú: Constitución Política, Diario Oficial El Peruano 8 septiembre 1993.
 4. Venezuela: Constitución Política, Gaceta Oficial 36860 30 diciembre 1999.
 5. CONAIE: *Las Nacionalidades Indígenas, y el Estado Plurinacional* Imprenta Nueva Amazonía, Quito, 1998, pág. 3.
 6. Ecuador: Constitución Política 1978, Reforma R.O. 863, 16 enero 1996
 7. CONAIE obra citada, pág. 27 a 35.
 8. Ecuador: Constitución Política R.O. 1, 11 Agosto 1998.
 9. Proyecto Ley de Nacionalidades y Pueblos Indígenas, presentado al Congreso Nacional: 14 noviembre 2001.
-

La consulta como un derecho político de los pueblos indígenas

Norman Wray

En abril de 1998, pocos meses antes de que la Asamblea Nacional Constituyente aprobase una nueva Constitución para Ecuador, el Congreso Nacional ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

Para los que creemos que la Constitución y los tratados internacionales deben servir para algo, analizar el alcance de estos dos cuerpos legales en relación al derecho colectivo de consulta de los pueblos indígenas es clave.

No se puede arrancar el análisis sin apelar a un espacio de reflexión teórica sobre el desarrollo de la concepción liberal de los derechos, frente a los nuevos desafíos que plantea el reconocimiento de los llamados derechos colectivos.

La concepción liberal de democracia desarrolló la idea de derechos individuales a través de la historia de occidente. Como textos positivos estos planteamientos vieron la luz en las constituciones resultantes de procesos revolucionarios, tanto en las colonias inglesas en Norteamérica, como en Francia. La esencia de estas declaraciones se centra en las llamadas *verdades evidentes* que Thomas Jefferson defendía, aquellas del individuo frente al Estado y de cómo el Gobierno tenía *justos poderes* derivados del consentimiento de los gobernados. Por su lado, los revolucionarios franceses impulsaron la idea de los derechos del hombre y el ciudadano.

En nuestros días todo ese desarrollo político y teórico se conoce bajo el nombre de *derechos humanos*, los cuales en su mayoría implican la visión de los derechos de los individuos en relación con el Estado.¹ En este marco, la introducción de la noción de colectividad es un cambio radical en la teoría tradicional de los derechos humanos.

Las críticas al reconocimiento de derechos colectivos no han sido solo patrimonio de la derecha, sino que en la izquierda también se han hecho presentes. Por ejemplo, en la visión socialista del derecho la vigencia de un Estado nación era fundamental (igual cosa ha sucedido con el liberalismo). La razón: la solidaridad, factor necesario para la consecución de la justicia social, podía verse menoscabada al reconocerse distintas identidades nacionales. La reflexión parte de la aceptación de que la viabilidad del socialismo descansa en el principio de la distribución según las necesidades. Para ello siempre será necesario el sacrificio de unos por los otros, lo cual solo es posible compartiendo una causa común, una identidad nacional.²

En el caso del liberalismo las críticas a los derechos de las minorías también han sido extensas. Éstas propugnan que el Estado no debe ayudar a las culturas a sobrevivir, pues si una *cultura societal* aspira a salvarse serán sus miembros quienes deberán esforzarse por que ello ocurra.

Si la cultura desaparece poco a poco, desde esta interpretación, significa que algunas personas consideran que ya no es importante adherirse a ella. Así, el único papel que tiene que representar el Estado es el de una *omisión bienintencionada*, respecto a las diferencias étnicas y nacionales.³ Es decir, que las contradicciones se resuelvan casi dentro de la lógica de la oferta y la demanda en el mercado de la cultura.

Pero aunque parezca paradójico es desde la misma teoría liberal, replanteada, donde los derechos de las minorías empiezan a encontrar espacio desde la libertad, concepto fundamental en el planteamiento liberal.

Para analizar el problema es necesario abordar el concepto de *cultura societal*, desarrollado por Kymlycka: *una cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente, y se basan en una lengua compartida.*⁴ Las manifestaciones culturales tienen que ser institucionales, esto es a través de la educación, prácticas sociales, económicas y políticas.

Partiendo de la definición anterior se empieza a percibir la complejidad de haber declarado al Ecuador, en la Constitución vigente, como un Estado pluricultural y multiétnico. A su vez, en el mismo cuerpo normativo, se estableció el respeto y estimulación al desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos, a más de que los idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas. Estas definiciones tienen un alcance profundo al momento de construir un nuevo Ecuador (art. 1 Constitución del Ecuador).

Kymlycka establece que de la misma manera que las culturas societales son casi invariablemente culturas nacionales, las naciones son casi invariablemente culturas societales.⁵ Por lo que definir o no al Estado ecuatoriano como plurinacional, ya no es condición única y necesaria para el desarrollo institucional de los derechos colectivos indígenas: el haber reconocido constitucionalmente a la pluriculturalidad abrió ese espacio.

La realidad es que Ecuador es un Estado multinacional. El concepto nación se usa en este trabajo, *como una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciadas. La noción de nación, en este sentido sociológico, está estrechamente relacionada con la idea de pueblo o de cultura; de hecho, ambos conceptos resultan intercambiables. Un país que contiene más de una nación no es, por tanto, una nación-Estado, sino un Estado-multinacional, donde las culturas más pequeñas conforman las minorías nacionales.*⁶

Diego Iturralde también aporta a ejemplificar la crisis de los Estado nación, cuando explica que *los pueblos y comunidades indígenas, que han protagonizado a lo largo de cinco siglos incontables episodios de resistencia indudablemente han cambiado, se han transformado, pero nunca han dejado de ser distintos y ahora ponen en evidencia este resultado histórico: una nación incompleta, por no decir inviable*.⁷

Conceptos como el anterior permiten entender la importancia de la nación en la vida de los Estados. En Ecuador, por ejemplo, la historia del desarrollo petrolero es una muestra que refleja un discurso oficial y una visión de nación compartida por una mayoría frente a una minoría. ¿Cómo? Bajo las premisas de un imaginario colectivo en que la sociedad ecuatoriana percibía a la amazonía como una tierra baldía en donde *unos pocos indios habitaban*, se impulsó la colonización del oriente. Una de las consecuencias de la actividad fue el desplazamiento y afectación a vastas extensiones de tierra, hogar de pueblos indígenas amazónicos.

En oposición a lo señalado, la protección legal a los derechos indígenas transforma la concepción anterior cuestionando una visión excluyente u otras integracionistas, que ven la necesidad, por un lado, de dejar de contar con las minorías, y por el otro, de integrarlas a la mayoría, como única posibilidad de subsistencia. En ambos casos el riesgo de desaparacimiento como culturas es evidente.

Si bien la concepción de los derechos desde la óptica liberal occidental pone al descubierto la intención de eliminar las diferencias en un plano universal ideal, de deber ser, de la declaración de principios, también es desde el liberalismo que en ejercicio del derecho a la libertad y la igualdad, esas culturas societales plantean la necesidad de plantearse su propio plan de vida, en ejercicio de la autodeterminación.

Esta posibilidad también nace desde derechos propiamente liberales, como la libertad de expresión y asociación. Y es a través del ejercicio de ellos que las culturas societales pueden encontrar uno de los canales de expresión y satisfacción a sus demandas. Pues al cuestionar la imposición desde el Gobierno de una cultura oficial, supuesta expresión de la mayoría, los pueblos indígenas están haciendo uso de su derecho a la libertad.

El camino, sin embargo, no ha sido fácil. ¿Por qué? Bueno, no se puede olvidar que la noción de derechos en el mundo occidental descansa en la noción de dignidad. Fruto de la evolución desde el feudalismo hacia la sociedad burguesa. En el primero las relaciones eran jerárquicas y basadas en el honor, y en la segunda se impulsó la idea de dignidad ejemplificada en derechos compartidos por todos por el solo hecho de ser seres humanos o en algunos casos ciudadanos. Es decir, se intentó romper las jerarquías sociales basadas en el honor, entendido éste como sustento de desigualdades. Al decir de Taylor, *para algunos tener honor en este sentido era esencial, porque no todos lo poseían*.⁸

Los libertadores *criollos*⁹ intentaron sustentar sus ideas libertarias inspirados en Francia y Estados Unidos, por lo que el desarrollo constitucional es parecido. Pero al contrario de los procesos descritos, los cuales distan de ser perfectos,¹⁰ el ejercicio de los derechos en países como Ecuador continuó como una cuestión de honor, en otras palabras, de privilegios de unos pocos sobre el resto. Dinero, apellidos, relaciones garantizan, hasta ahora, un trato discriminatorio, no solo a los indígenas sino a la mayoría de la sociedad mestiza.¹¹

Por esta razón el que la institucionalidad democrática del Ecuador trate de dar respuestas a estas relaciones inequitativas, debe ser considerado como un avance crucial en el fortalecimiento del Estado Social de Derecho.

Y no podría ser de otra forma, pues, siguiendo el pensamiento liberal de Ronald Dworkin, la igualdad política supone que *los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho a una atención y a un respeto de parte de su Gobierno iguales a los que los miembros más poderosos se aseguran por sí mismos, de tal forma que si ciertos individuos tienen la libertad de tomar decisiones, sean cuales sean los efectos de esas decisiones sobre el bien común, todos los individuos deben tener la misma libertad*.¹²

Para Touraine lo señalado por Dworkin es la manera como la democracia va más allá de la simple igualdad abstracta de los derechos, para convertirse en la forma a través de la cual, invocando derechos, se combate la desigualdad y se lucha por el acceso a los espacios de decisión pública.¹³

Para continuar con el análisis del derecho de consulta como un derecho que permite el ejercicio democrático de la igualdad, utilizaremos el análisis de una sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional,¹⁴ en la cual se hacen interesantes aproximaciones a la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El fallo resuelve por apelación un recurso de amparo interpuesto por la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) contra la empresa petrolera Arco Oriente Inc; por violación de derechos colectivos de los primeros por parte de la compañía citada.

El Tribunal reconoce, al confirmar la sentencia de primera instancia del juez de Macas, que un convenio internacional sobre derechos humanos puede ser invocado y utilizado para resolver un caso de violación de derechos colectivos (Convenio 169 OIT). Este instrumento internacional garantiza con fuerza vinculante estos derechos de los pueblos indígenas.

De la lectura de la decisión se puede colegir que el Tribunal observa, en el sentido que se establece en el Convenio 169 OIT, tres ejes clave de derechos de los pueblos indígenas. Uno, la autodeterminación entendida como el derecho de ser partícipes activos de su propio desarrollo, fijando sus prioridades económicas, sociales y culturales. Más aún cuando los procesos de desarrollo nacional pueden afectar sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera. Dos, el reconocimiento y protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de esos pueblos. También abarca el respeto a sus instituciones de esos pueblos que en definitiva, entre otras, son sus expresiones organizativas y culturales. Tres, el reconocimiento y respeto a la importancia especial que para los pueblos indígenas tiene el territorio.

Pese a que la naturaleza del amparo hace que tenga relación exclusiva con el caso y las partes intervinientes, se ve un cambio de percepción en la forma como el Estado ha venido tratando el tema indígena. De esta manera, el Convenio 169 de la OIT empezó a ser utilizado como lo que es: un instrumento para la protección de los derechos indígenas. Así, el Estado se compromete a reconocer la diversidad y a protegerla para que subsista en el tiempo. ¿Cuál es el alcance de este hecho? Que el Estado ya no debe intentar integrar

a los indígenas a la cultura dominante a pretexto del desarrollo del país, sino que respeta a estos pueblos, intentando establecer un diálogo democrático de interrelación cultural.

De una u otra manera este es el espíritu del Convenio 169 de la OIT cuyos avances significativos son dos: el reconocimiento de la autodeterminación de estos pueblos y la consulta como mecanismo para que el derecho anterior pueda ser ejercido. Por lo que el derecho de consulta es un eje fundamental para la vigencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Natalia Wray, al analizar los impactos de la actividad petrolera sobre la cultura, economía y organización indígena, permite definir ciertos contenidos mínimos esenciales con relación a los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas amazónicos, y específicamente nos permite ver la importancia y complejidad del derecho de consulta. Cinco áreas para abrir el debate son las que se ponen en el tapete: su autonomía como pueblos, organización, territorialidad, economía, y, reproducción social y cultural.¹⁵

- a) La autonomía, de acuerdo a la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), apunta a contar con condiciones externas e internas para que los pueblos puedan ejercer control sobre sus procesos. Como lo interpreta la autora es ante todo un derecho político, una forma de interrelación con el resto de la sociedad.¹⁶ En el desarrollo de los derechos colectivos los de consulta y participación podrían estar garantizando que esta autonomía se pueda hacer efectiva (num 5 artículo 84, Constitución del Ecuador y artículo. 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT).¹⁷
- b) La organización se comprende como las relaciones internas de poder, su institucionalidad (tradicional o formal). Mecanismos de toma de decisiones y las formas como se interrelacionan no solo internamente sino externamente con otras instancias de la sociedad. El derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propias formas de organización es lo que el Tribunal defiende cuando cuestiona la conducta de la petrolera en el caso de FIPSE contra ARCO, ejemplificada en una serie de acciones encaminadas a producir división en la organización.¹⁸
- c) La territorialidad implica trabajar en el entendimiento del territorio como un espacio necesario para la subsistencia y el desarrollo de la cultura, por lo que conceptos occidentales relacionados con la propiedad se quedan cortos para entender este problema. La tierra, bajo este marco, no es un bien de intercambio.¹⁹
- d) La economía apunta a la comprensión de cómo los indígenas se plantean sus procesos de desarrollo con base a prioridades propias, y cómo a su vez, una actividad como la petrolera afectaría a esas formas tradicionales de interacción de la cultura con el mundo natural.²⁰
- e) La reproducción social y cultural, apunta a contar con las condiciones para el desarrollo de los procesos culturales y sociales como ejercicios autónomos, donde se combinan las nociones de continuidad y cambio con miras a responder a las necesidades presentes y futuras como pueblos, con su identidad específica.²¹

Aunque el Tribunal Constitucional no hace un análisis tan profundo sobre los impactos, sí recrimina la política de relaciones comunitarias de la empresa petrolera. Con ello

busca evitar la violación de derechos constitucionales colectivos consagrados en la Constitución y en el Convenio 169 OIT y que afectan grave y directamente al interés comunitario del pueblo agrupado en FIPSE. Por ende, comienza a modificarse una concepción tradicional de los derechos individuales por vía de la jurisprudencia constitucional. Lo cual debe y tiene que tener un impacto transformador sobre las políticas hidrocarburíferas del Estado.

El fallo fue claro: Arco fue impedida de acercarse a los individuos u organizaciones de base, dentro y fuera del territorio de FIPSE, promover acercamientos o reuniones con intenciones de dialogar con cualquier individuo, centro o asociación perteneciente a FIPSE, sin la debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva. Dicho de otra forma, el Tribunal acepta la importancia que tiene el respeto a las instituciones representativas indígenas, ya que las ve como una manifestación de su cultura.

Pero, al mismo tiempo la Primera Sala del Tribunal señala que esto en ningún caso coarta las relaciones interpersonales que no acarreen compromisos o significados sociales o comunitarios, que puedan desarrollarse independientemente y libremente entre asociados o no. Ese es un reconocimiento expreso a los derechos individuales de los miembros de la FIPSE. El tema no puede pasar desapercibido, pues ya ha sido analizado en la doctrina como un punto de tensión producido por un término que puede ser confuso: el de derechos colectivos.

La teoría tradicional de los derechos humanos, en su forma ortodoxa, ve con recelo el que se reconozcan derechos especiales a grupos de personas. Para sus defensores, hacerlo, violaría el derecho a la igualdad, ya que se estaría brindando un trato preferencial a ciertos grupos. Además de insistir en el hecho de que solo los individuos tienen derechos. Pero la realidad es más compleja en la enmarañada vida de las relaciones sociales. Y justamente es necesario buscar la igualdad a través de cierta protección por medio de la ley, para tratar de equiparar relaciones que en principio distan de ser equitativas.

Kymlicka aporta a la discusión con una categoría interesante para superar la confusión del término *derechos colectivos*. El autor señala dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo frente a sus propios miembros; el segundo la reivindicación de un grupo frente a la sociedad en la que está englobado.²² Al primero llama restricciones internas y a la segunda protección externa. A ambas, según Kymlicka, se las conoce como derechos colectivos.

La preocupación de los liberales es que el ejercicio de restricciones internas afecte a las libertades civiles y políticas de los individuos. Un ejemplo sería la intervención del Estado para obligar a la población, o a una parte de ella, a cumplir con servicios religiosos o que las mujeres cumplan un rol específico por el solo hecho de serlo.²³ Las protecciones externas en cambio buscan amparar al grupo de las decisiones de la sociedad mayor. En virtud de ello reconocen derechos territoriales, de participación, etc.

Estos dos tipos de restricciones son las que están en juego cuando el Tribunal se pronuncia sobre la libertad de los miembros de FIPSE. La cual se refiere a la facultad que los miembros agrupados en esa organización tienen, para desa-

rollar relaciones interpersonales que no acarreen compromisos o significados sociales o comunitarios en ejercicio de sus derechos individuales. Por un lado, dentro de un Estado de Derecho, no se podría coartar los derechos individuales de las personas (se limita las restricciones internas), y por otro se brinda protecciones externas frente a las decisiones de la *sociedad mayor*.

Dentro del liberalismo esto sería justo lo deseado, y lo que no, sería incompatible con la democracia. En el caso del Ecuador que se declara como respetuoso de los derechos humanos también sería el camino. Es decir, en palabras de Kymlicka cuando se trata de promover la equidad entre los grupos, pueden y deben postular[se] determinadas protecciones externas, pero deben rechazar[se] las restricciones internas que limitan el derecho de los miembros de un grupo a cuestionar y a revisar las autoridades y las prácticas tradicionales.²⁴

Con estos antecedentes, un análisis que sostenga que el principio de igualdad de manera abstracta basta para normar una relación, en este caso, entre una compañía petrolera e indígenas, no estaría tomando en cuenta la correlación de fuerzas en un acercamiento de ese tipo. Bajo ese punto de vista todo el desarrollo del derecho laboral, que regula la relación entre dueños del capital y trabajadores asalariados, no hubiera tenido sentido.

Por lo tanto, aunque suene paradójico, parecería que justamente dentro de la teoría política que propugna una visión de igualdad que afectaría a las minorías, es donde los derechos de las minorías pueden encontrar cabida. Además, en un Estado Social de Derecho, como Ecuador, se acepta la intervención del Estado a fin de proteger los derechos de todos los ciudadanos y más aún de los más desfavorecidos.

Es por ello que la resolución de la Primera Sala del Tribunal Constitucional abre un espacio de discusión importante para cuestionar el discurso oficial de *que unos pocos se oponen al desarrollo del país*. En un Estado Social de Derecho, la voz de esos pocos tiene fuerza y además protección constitucional para que sea escuchada. La sentencia del Tribunal Constitucional obliga a que el Estado cuente con el asesoramiento, opinión y asistencia de los pueblos indígenas, cuando el Gobierno esté pensando en desarrollar proyectos de explotación de recursos naturales renovables y no renovables en territorios indígenas. Porque no solo la justicia, sino el diseño de Estado al cual toda la sociedad debe someterse, así lo estipula.

La visión estatal sobre el derecho de consulta.

Un breve acercamiento

Como ya se señaló líneas arriba, el Convenio 169 de la OIT estableció a la consulta como el mecanismo a través del cual la autodeterminación de los pueblos indígenas puede ser ejercida. El artículo 6 de este cuerpo legal es claro al respecto:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a). consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;...

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Más adelante en los numerales 1 y 2 del artículo 15 se establece que:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derecho sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

La Constitución vigente también recogió este principio en el numeral 5 del artículo 84: *ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental y culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.*

Al revisar los textos precedentes se puede expresar que este es el marco constitucional al cual debe regirse el ejercicio del derecho de consulta. Por ello llamó la atención cuando el Gobierno ecuatoriano el 14 de septiembre del 2000 envió, dentro de la Ley Modificatoria de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, promulgada en el suplemento del R.O. No. 144, del 18 de agosto del 2000 (mejor conocida como Trole 2), los siguientes artículos, dentro de las reformas a la Ley de Hidrocarburos:

Consulta. Antes de la ejecución de planes y programas sobre exploración o explotación de hidrocarburos, que se hallen en tierras asignadas por el Estado ecuatoriano a comunidades indígenas o pueblos negros o afroecuatorianos y, que pudieren afectar el ambiente, Petroecuador sus filiales o los contratistas o asociados, deberán consultar con las etnias o comunidades. Para ese objeto promoverán asambleas o audiencias públicas para explicar y exponer los planes y fines de sus actividades, las condiciones en que vayan a desarrollarse, el lapso de duración y los posibles impactos ambientales directos o indirectos que puedan ocasionar sobre la comunidad o sus habitantes. De los actos, acuerdos o convenios que se generen como consecuencia de las consultas respecto de los planes y programas de exploración y explotación se dejará constancia escrita, mediante acta o instrumento público.

Solo como una información relevante, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo citado, pero es un buen ejemplo para analizar el alcance del derecho de consulta y la visión que el Gobierno tiene de este derecho, utilizando como herramientas el Convenio 169 de la OIT y la Constitución.

Las observaciones son las siguientes:

1. El artículo limita la consulta a los pueblos asentados en las tierras asignadas por el Estado, con lo cual está en franca contradicción con lo que estipula el Convenio 169 de la OIT. El cual establece que *...la utilización de término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.*
2. El Convenio es claro al señalar que son los Gobiernos los que deberán consultar a los pueblos interesados, y no como se propuso, otorgando a los contratistas o asociados la obligación de consultar a los pueblos indígenas. En este punto el artículo trata de la consulta previa, la cual debe ejercerse cuando se planeen medidas susceptibles de afectar directamente a estos pueblos. No cabe, por lo tanto, que un contratista o un asociado sea quien consulte, ya que el Estado con anticipación a la toma de una decisión respecto a la exploración o explotación en territorios indígenas, debe consultar para evaluar la viabilidad justamente de esa decisión. Por otro lado, es el Estado el llamado a velar por los derechos humanos de su población y no necesariamente las compañías transnacionales. Aunque éstas últimas no están exentas de respetarlos, sino que en última instancia el Estado garantiza esos derechos.

Para explicar mejor este hecho hay que entender que en el caso petrolero, por ejemplo, con anticipación al lanzamiento de nuevas rondas de licitación, debe haberse realizado la consulta previa. Esta servirá para que el Gobierno delimite los bloques petroleros que serán presentados al mercado internacional, respetando el proceso interno de consulta con los pueblos indígenas. En caso de que esto no suceda, la inconstitucionalidad de la convocatoria a esa ronda petrolera sería evidente.

La importancia de la consulta como un mecanismo de participación social se encuentra reforzada por la Ley de Gestión Ambiental. Este cuerpo normativo en el artículo 28 establece que: *Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosamente formuladas. El incumplimiento del proceso de consulta a que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.* El artículo 88 de la Constitución establece que toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada.

Sin embargo, al revisar las disposiciones del Convenio 169 OIT, el ejercicio del derecho de consulta en relación a pueblos indígenas tiene un alcance más amplio que el reconocido a la población ecuatoriana en general, en materia ambiental. Es decir, la consulta es un derecho permanente al cual los pueblos indígenas tienen acceso, como un mecanismo para controlar, en la medida de lo posible, su proceso de desarrollo.

3. El derecho de consulta no se agota en el mero proceso informativo. La audiencia pública para *explicar y exponer* no es suficiente y se necesita más que eso para ejercer el derecho de consulta. La razón: la consulta es el mecanismo a través del cual los pueblos indígenas, en relación con el Estado, tienen la posibilidad de ejercer su derecho de autodeterminación, amparado por el Convenio 169 OIT en el numeral 1 del artículo 7: *Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*

Por lo tanto, la consulta previa no se agota en audiencias públicas, menos aún la consulta como ejercicio de participación en el desarrollo de los proyectos de desarrollo con potencialidad de afectarles directamente.

4. Si es que la visión estatal constante en el artículo analizado es solamente informar, la buena fe de la que habla el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 OIT estaría siendo afectada.²⁵ Si eso es así, entonces la consulta no tendría sentido. Claro está, que sin información es imposible que los pueblos indígenas estén en capacidad de tomar una decisión consciente acerca de la medida propuesta. Pero, la información no basta para garantizar que el derecho de consulta sea respetado. La información tiene que ser procesada, entendida y analizada.
5. El proceso de consulta como ejercicio de un derecho político debe ser valorado y entendido por el Estado, como la oportunidad de otorgar legitimidad a sus políticas, en el marco de una escala de valores descrita por la misma Constitución. En base a ella asegurar la vigencia de los derechos humanos, defender el patrimonio natural y cultural del país y preservar el crecimiento sustentable de la economía, así como la erradicación de la pobreza, son deberes primordiales del Estado (art. 3 Constitución. Num. 2, 3 y 4). Dicho de otra manera, éste debe valorar los resultados y sopesar los impactos económicos, sociales y culturales sobre los pueblos indígenas antes de impulsar proyectos de desarrollo. Solo así la buena fe de la cual habla el Convenio 169 OIT alcanza su verdadero significado: que la consulta no debe efectuarse luego de que la decisión fue tomada, o como un simple requisito formal para viabilizar una actividad determinada, intentando otorgarle ciertos ribetes de legalidad.²⁶
6. Otro tema de amplia discusión en el ejercicio del derecho de consulta se relaciona con el alcance de expresiones como *acuerdo, consentimiento...* . Fergus Mackay

hace una reflexión interesante sobre el alcance que los Estados otorgan a estos términos. Señala el autor que los Estados pueden atribuir un significado particular al término dependiendo de la importancia que le asigne a los temas tratados.²⁷

Esta realidad es preocupante, pues depende de lo que en momentos coyunturales se entiende como *prioridades nacionales*. Es decir, el nivel y profundidad de la participación de los pueblos indígenas en la consulta en materias relacionadas con educación bilingüe, por ejemplo, puede distar del interés que el Estado tenga en permitir un nivel igual de participación en temas petroleros.

Por ello la propuesta de Mackay se presenta como obvia... *debería hacerse algún esfuerzo para obtener una declaración definitiva del Estado sobre cómo interpreta el estándar y luego comparar esta interpretación con el significado atribuido en el tratado.*²⁸

De primera mano se puede afirmar que en la propuesta gubernamental constante en los planteamientos de las leyes *Trole 1 y 2*, como se ha analizado hasta ahora, el estándar otorgado a la consulta en materia petrolera, por ejemplo, es muy pobre.

Al revisar el Convenio 169 OIT, no se encuentra un artículo específico que de poder de veto a los pueblos indígenas sobre las políticas estatales. Pero esto se debe a dos razones principales: una, son los Estados los que se obligan en el derecho internacional a través de convenios internacionales; dos, un convenio no puede formular directrices detalladas sobre las condiciones precisas en que todas las actividades pueden o no tener lugar. Su finalidad es proporcionar un marco general.²⁹ Esto último facilita que las distintas realidades de los países miembros de la OIT puedan adecuarse al Convenio, para que éste pueda ser ratificado sin problemas por los Estados.

Sin embargo, en ningún caso un convenio es un instrumento neutro. Es un documento de alto contenido político que trata de responder a una situación determinada. En ese sentido se inspira en una serie de motivaciones y es el fruto de un proceso de negociación difícil y larga. Al comparar los estándares gubernamentales con los tratados suscritos, la lectura tiene que apuntar a comprender de la mejor manera el espíritu del instrumento internacional.

Cuando se revisa los considerandos del Convenio 169 OIT, entre otros, hay uno en especial que sirve de guía, específicamente el inciso quinto, que dice que: *recono-*

ciendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven...

Con estos antecedentes, términos como acuerdos o consentimiento adquieren un peso jurídico y político fundamental, ya que comprometen la capacidad de control de los pueblos indígenas sobre su desarrollo como tales. Vista la gravedad del caso, los procedimientos establecidos para llegar a establecer acuerdos o consentimientos sobre las medidas propuestas deben reconocer la importancia política del derecho de consulta para los pueblos indígenas, así como para el Estado, al haberse obligado éste último a través de un instrumento internacional.

Lo que está en conflicto es la definición del estándar y del alcance de la consulta como un simple proceso informativo o como un procedimiento para obtener el consentimiento expresado libremente y con pleno conocimiento.³⁰ En la propuesta analizada, el primer caso (simple proceso informativo), cabe señalar que se estaría contrariando el espíritu del convenio. El segundo, en cambio, se ve que no es el alcance que el gobierno quiere dar al tema. Pero eso ya es un problema de discusión que queda para el proceso de elaboración de los instrumentos legales que instrumentalizarán el ejercicio de este derecho.³¹

Para concluir hay que señalar que fue objetivo de este trabajo poner en evidencia la complejidad del derecho de consulta, al cual se le ha querido minimizar, por los alcances políticos que éste puede tener. Por otro lado, el derecho de consulta es una oportunidad para generar más espacios de participación en la toma de decisiones, por parte de los pueblos indígenas potencialmente afectados por las políticas estatales.

Sin lugar a dudas necesita una amplia dosis de espíritu democrático, tanto de parte de las instancias gubernamentales, como de los consultados. En los primeros, apertura a que la sociedad participe activamente en las decisiones públicas, y de los segundos, voluntad de participar en ellas con las ventajas y riesgos que esto significa. En todo caso, puede servir como una forma de garantizar que los pueblos indígenas controlen su proceso de desarrollo y luchen por subsistir como tales en el tiempo.

Notas

1. Cfr. Vernon Van Dyke, *The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory*, en Kymlicka Will (editor), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Great Britain, 1995, pág. 31.
2. Cfr. Kymlicka Will, *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 107.
3. Cfr. Idem, pág. 152.
4. Cfr. Idem, pág. 112.
5. Idem, pág. 117.
6. Idem, pág. 26.
7. Diego Iturralde, usos de la ley y usos de la costumbre. La reivindicación del derecho indígena a la modernización. En Varios Autores, *Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado*, Ediciones Abya - Ayala, Quito, 1993, pág. 127.

Notas

8. Cfr. Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, en Taylor y otros, *Multiculturalism*, Princeton University Press, New Jersey, 1992, pág. 27.
9. Por criollos históricamente se entiende al grupo humano al que pertenecían los hijos de los españoles nacidos en los territorios coloniales. Estos impulsaron, por sus deseos de poder político, los procesos libertarios contra la Corona española y trataron de crear una idea de nación ecuatoriana. Cfr. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994.
10. Basta recordar que pese a que el derecho a la libertad individual fue reconocido en la Constitución de los Estados Unidos, la esclavitud fue abolida un siglo después fruto de una Guerra Civil. La segregación racial incluso se mantuvo hasta 1960.
11. El problema que Ecuador vivió en el sector financiero es un ejemplo.
12. Dworkin Ronald, *Taking Rights Seriously* citado por Touraine Alain, *¿Qué es la Democracia?*, Ediciones Temas de Hoy, España, 1994, pág. 52.
13. Idem, pág. 54.
14. Resolución No. 247-RA-00-IS, Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador contra Arco Oriente, en el caso signado con el 994-99-RA, Quito, 16 de marzo del 2000.
15. Cfr. Wray Natalia, *Pueblos Indígenas Amazónicos y Actividad Petrolera en el Ecuador. Conflictos, Estrategias e Impactos*, Ibis – Oxfam América, Quito, 2000, pág. 123 y siguientes.
16. Cfr. Idem.
17. La Constitución ecuatoriana establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio ambientales que les causen. El Convenio 169 va más allá: 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio los gobiernos deberán: a). Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; ... 2). Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
18. Cfr. Op. Cit. Wray Natalia, pág. 124.
19. Cfr. Alberto Wray, *El Problema Indígena y la Reforma del Estado* en Op. Cit, *Derechos Pueblos Indígenas y Reforma del Estado*, pág. 56.
20. Cfr. Wray Natalia, Op. Cit. pág. 125.
21. Cfr. Idem, pág. 127.
22. Op. Cit. Kymlicka. pág. 58.
23. Cfr. Idem, pág. 59.
24. Idem. pág. 60.
25. Numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 OIT: *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*
26. Es interesante sobre ese tema el siguiente testimonio: *Nosotros estuvimos en Tlapa Guerrero, se supone que se llevó a cabo un foro para reglamentar el artículo cuarto constitucional lo cual no fue así, muchos compañeros llegaron, decían que no sabían que había, no pos a mí me dijeron que iba a haber apoyo llevaron como un kilo de solicitudes para caminos, luz, agua nunca les dijeron para qué, nosotros que somos indígenas nos hemos dado cuenta que aún el Estado cree que somos como niños, yo creo que esa no es la forma, nosotros lo que buscamos es nuevo trato con el gobierno, con la sociedad que se nos respete que también nosotros como indígenas tenemos propuestas, pensamos, sentimos como otros sienten.* Gómez Magdalena, *Derechos Indígenas. Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, Instituto Nacional Indigenista, México D.F., 1995, pág. 64.
27. Mackay Fergus, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, Asociación Pro Derechos Humanos, Lima, 1999, pág. 74.
28. Idem.

- Notas*
29. Cfr. Magdalena Gómez, pág. 28.
 30. Cfr. Mackay Fergus, pág. 74.
 31. Este momento se realiza una consultoría a fin de diseñar un reglamento de consulta previa y participación indígena en el sector petrolero, financiado por el Banco Mundial y a través de un equipo del Ministerio de Energía y Minas.
-

Justicia indígena: Sus límites constitucionales

Alberto Wray Espinosa

El objetivo de este trabajo es determinar el alcance de la disposición constitucional mediante la cual se confiere a las autoridades de los pueblos indígenas la facultad de ejercer funciones de justicia y, específicamente, delinear los límites dentro de los cuales dichas facultades deben ejercitarse. Dice el inciso final del artículo 191 de la Constitución:

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

Aunque enunciada como una de las excepciones al principio de la unidad jurisdiccional, en el Capítulo I del Título VII que trata de la Función Judicial, esta disposición consigna una de las facultades comprendidas dentro de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas en la Sección Primera del Capítulo V del Título II, específicamente en el número 7 del artículo 84, mediante el cual se les reconoce y garantiza el derecho a *conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.*

De manera que la determinación del sentido y alcance de la norma constitucional que consagra la justicia indígena ha de hacerse teniendo por marco normativo a la propia Constitución, así como a los principios y disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que sirvió de antecedente y de fuente material para el reconocimiento constitucional y que fuera ratificado por Ecuador en abril de 1998, quedando de esa manera incorporado al derecho público interno.

Para examinar los límites de las funciones de justicia atribuidas a las autoridades de los pueblos indígenas es necesario precisar previamente de qué autoridades se trata y, consiguientemente, a qué realidades sociales se designa con la expresión pueblos indígenas.

A este propósito se dedicará la primera parte del análisis.

1. De ordinario, las determinaciones normativas mediante las cuales se establecen fueros o jurisdicciones especiales obedecen a consideraciones de conveniencia y oportunidad. La *justicia indígena*,¹ sin embargo, no existe como resultado de una decisión de política legislativa motivada en criterios técnicos o de eficiencia, sino que nace del reconocimiento de un derecho, cuyo titular es un ente colectivo: el pueblo indígena.

Lo que ha de entenderse por pueblo indígena debe ser, necesariamente, establecido porque son sus autoridades las que tienen la facultad de ejercer las funciones de justicia a las que se refiere la disposición constitucional cuyo alcance se examina.

1.1. Para precisar el significado de la expresión pueblos indígenas, el Convenio 169² ofrece los siguientes elementos:

- a) un elemento histórico: se trata de grupos humanos que descienden de poblaciones que habitaban el territorio ya en la época de la conquista o colonización;
- b) un elemento cultural: el grupo tiene entre sus características distintivas la conservación total o parcial de *sus propias instituciones* sociales, culturales y políticas;
- c) finalmente, un elemento de diferenciación psicosocial: la conciencia de su identidad indígena es lo que cohesiona al grupo y le sirve tanto para diferenciarse de otros como para relacionarse con los otros.

Se ha observado con anterioridad que en esta elaboración conceptual, lo puramente étnico ocupa un lugar secundario en la identificación, la cual se ha construido sobre factores relativos a las relaciones de convivencia social y a las muestras de identidad cultural. Lo que importa es la forma actual de vida. Si ésta se desarrolla en un entorno cuyas características pueden remontar sus raíces históricas a los pueblos que habitaban estas tierras antes de la conquista, entonces se está ante un pueblo indígena. Por contraposición, puede haber grupos humanos étnicamente idénticos a los anteriores, pero cuya forma actual de vida y cuyo entorno social y cultural no guarden relación alguna con aquella herencia histórica. Para efectos del reconocimiento de derechos colectivos, estos grupos humanos no serán considerados pueblos indígenas.

La línea divisoria parecería difícil de trazar. Teóricamente, habría un punto a partir del cual las costumbres y la vida social de un pueblo tendrían que definirse *como no indígenas*. Este *quantum* resulta imposible de establecer. La solución que encuentra el Convenio 169 es, sin embargo, bastante objetiva: *la conciencia de su identidad indígena o tribal dice, deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.* Esto significa que en último término es el propio grupo el que determinará ese *quantum*.

Ahora bien, si lo determinante es la naturaleza del entorno, el concepto pueblo indígena está íntimamente ligado a la idea de vida en común, casi de proximidad física, para utilizar una expresión que resulta adecuada más por su virtualidad gráfica, antes que por su sentido literal. Y es que, como tantas veces se ha señalado, la interacción de los pueblos indígenas con el entorno, con la sociedad mestiza, con el Estado y sus instituciones, han ido estableciendo a lo largo de los siglos elementos de diferenciación tan profundos que sus ac-

tuales condiciones materiales de existencia, sus costumbres y las características de sus formas de organización no pueden suponerse idénticas.

En este contexto, quedarían evidentemente comprendidas en la designación todas esas realidades sociales conocidas en Ecuador como comunidades indígenas, de manera que *cada una de ellas* resultaría el *sujeto titular de derechos colectivos* y sus respectivas autoridades serían las llamadas a ejercer las funciones de justicia que aquí son materia de análisis.

La Constitución, sin embargo, parece introducir un nuevo criterio. Según el artículo 83, los pueblos indígenas *se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales*.

Dejando de lado cualquiera de las numerosas consideraciones que podrían hacerse respecto de tal declaración, para el caso interesa tener en cuenta que este enunciado modifica notablemente el concepto establecido por el Convenio 169, puesto que a los elementos ya mencionados agrega uno nuevo: la autodefinición como nacionalidad. Esta exigencia impide considerar a cada comunidad indígena como titular de los derechos colectivos, a menos que en dicha comunidad se agote la *nacionalidad* en cuestión. El titular de tales derechos, el pueblo indígena, sería la suma de todas las comunidades del mismo origen: el pueblo quichua, el cofán y no cada comunidad quichua o cofán.

Esta distinción acarrea una primera dificultad. Si la justicia indígena se rige por las *normas consuetudinarias* de cada *pueblo*, las que deberían ser aplicadas por sus respectivas autoridades, y por pueblo indígena ha de entenderse no la *comunidad*, sino la *nacionalidad*, habría que preguntarse si en realidad existen normas de origen consuetudinario propias de la respectiva *nacionalidad* y si ésta tiene, como tal, sus propias autoridades. ¿Todos los quichuas de la Sierra tienen el mismo *derecho consuetudinario*? Poco probable, a la luz de la literatura hasta ahora existente, que más bien ha mostrado, como ya se dijo, un proceso de diferenciación correlativo a las profundas diferencias en las condiciones materiales de existencia de cada comunidad.

En la concepción de las organizaciones indígenas, sin embargo, parece distinguirse claramente entre *pueblo indígena* y *nacionalidad*, de modo que no podría considerárseles como términos equivalentes, ya que una *nacionalidad* podría agrupar a varios *pueblos*.³ Además de que no se concilia con el texto constitucional, según el cual los *pueblos* son los que se *autodefinen* como *nacionalidades*, esta tesis deja abiertas las mismas interrogantes, porque para la definición de lo que ha de entenderse por pueblo emplea solamente elementos étnico históricos, a diferencia de lo que ocurre con el Convenio 169, para el cual, como se dijo, el concepto descansa en la idea de una comunidad actual de vida y de costumbres.

Podría argumentarse que la forma de organización tradicional de ciertos pueblos es la pequeña comunidad y que las costumbres y las autoridades serían, por consiguiente, las de cada comunidad.

Esta explicación despeja los interrogantes en lo que tiene que ver con la justicia indígena, pero no soluciona las dudas relativas a la pertinencia jurídica de la expresión *nacionalidad* y a la ambigüedad que su introducción le ha dado a la expresión *pueblo indígena*.

Aunque resulte menos atractiva políticamente, una precisión puramente operativa parece más conveniente en orden a

evitar que se genere un caos mayor al que ya existe. Así, habrá que aceptar entonces como más ajustada a la realidad la tesis de la intrascendencia jurídica del enunciado del artículo 83 de la Constitución, en el sentido de que la autodefinición como nacionalidad no crea un nuevo elemento de identificación de los pueblos indígenas y que subsiste intacta la construcción conceptual del Convenio 169, según la cual cada comunidad de vida y de costumbres es sujeto de derechos colectivos como pueblo indígena.

Son las autoridades de estos pueblos —comunidades actuales de vida y de costumbres— las llamadas a ejercer funciones de justicia, en los términos previstos por la Constitución.

Estas autoridades, por cierto, no necesariamente serían las registradas como tales en los archivos oficiales. Estudios anteriores han mostrado que con una estrategia de adaptación al régimen organizacional impuesto por el derecho estatal, en ciertas comunidades se elegía una directiva comunal llamada solamente a cumplir las formalidades externas frente al Estado, mientras que hacia el interior de la comunidad subsistía la autoridad tradicional, no necesariamente electa mediante votación universal. No cabe duda de que, desde la vigencia del Convenio 169, son los propios pueblos indígenas los llamados a definir quienes son sus autoridades y de que manera se designan y reconocen.⁴

1.2. Los procedimientos y los criterios de decisión a los que las autoridades indígenas habrían de recurrir para la solución de conflictos, según el texto constitucional, serían los considerados por *sus costumbres o derecho consuetudinario*.

No es necesario tomar partido en la discusión teórica acerca de si procede o no emplear la denominación derecho consuetudinario para casos como el que se examina. El texto constitucional, al menos para los efectos relacionados con la *justicia indígena*, ha resuelto el problema al equiparar el derecho consuetudinario simplemente con *el conjunto de costumbres de la comunidad*.

No se trata de un conjunto de costumbres estático. En trabajos anteriores se había advertido ya que nada hay más erróneo, cuando se trata de explicar el derecho consuetudinario indígena, que la idea de un conjunto de normas ancestrales, prácticamente intocadas desde la época prehispánica; sino que se trata de prácticas actuales, en las que han quedado reflejadas la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas y las transformaciones de su entorno ecológico y político.⁵

Aunque no parece haber sido objeto de un estudio sistemático, varios autores han advertido la frecuente existencia de una suerte de pluralismo jurídico como hecho social al interior de la comunidad, resultante de la influencia ejercida por el lenguaje, los usos y ritos típicos del Derecho estatal, a la cual los pueblos indígenas han vivido expuestos por varios siglos.⁶ La presencia de estos elementos del Derecho estatal, sin embargo, nada aporta en orden a facilitar la compatibilidad entre los dos sistemas. El hecho de que entre ambos existan ciertas similitudes, no soluciona, como más adelante se verá, los problemas de interrelación.

La teoría jurídica moderna poco ha contribuido en orden al esclarecimiento de la noción de derecho consuetudinario. Dos conclusiones pueden sin embargo apuntarse como generalmente compartidas:

- a) la necesidad de abandonar la tradicional explicación según la cual habría que distinguir dos elementos en la costumbre jurídica: *el hecho consuetudinario*, por un lado, y la *opinio necessitatis sive obligationis*, por otro. Como Ross observa, estos son elementos de toda costumbre y no sirven para diferenciar a las de carácter jurídico de las otras;⁷ y,
- b) la imposibilidad lógica de que un hecho dé lugar al nacimiento de una norma. No puede uno asomarse al mundo, dice Vernengo, esperando descubrir, entre las demás cosas, costumbres. Ninguna norma puede surgir de otra cosa que no sea un acto normativo, empíricamente verificable, de manera que en último término el análisis de la costumbre remite a la actuación del juez ya que, de ningún otro modo podría distinguirse a la costumbre jurídica de los casos de transgresión a los convencionalismos imperantes en determinada sociedad que no dan lugar a sanciones objetivas. Como dice el mismo Ross, de lo que se trata es de establecer bajo qué condiciones objetivas los jueces condenan ciertas conductas cuando no existe un acto expreso de voluntad del legislador que les obligue a ello.

Para el establecimiento de estas condiciones, el derecho consuetudinario se apoya bien en la remisión legislativa, bien en el carácter vinculante del precedente judicial. De esta manera, la existencia de un hecho normativo permite reconocer las condiciones bajo las cuales los jueces están obligados a observar determinadas reglas. Tal reconocimiento limita el ámbito de discrecionalidad del juez y permite controlar la regularidad de las decisiones futuras.

En la búsqueda de criterios que permitan volver compatibles, como dice la Constitución, a la justicia indígena con el sistema de justicia estatal, resulta indispensable examinar las condiciones de validez de las decisiones de las autoridades indígenas.

2. Como hay dos órdenes que coexisten, para establecer la validez de las decisiones adoptadas por la justicia indígena, habría que distinguir dos niveles:
 - a) la conformidad de las decisiones con las reglas de creación de normas del propio derecho indígena; y,
 - b) la conformidad de tales decisiones con el Derecho estatal.⁸

Estos son los aspectos que se examinan enseguida.

3. La determinación de las reglas de creación de normas en el derecho consuetudinario resulta relativamente compleja para quienes examinan el fenómeno con las categorías propias de un sistema basado en normas de origen predominantemente legislativo.

En los sistemas romanistas, el principio de legalidad se emplea como herramienta de control de las decisiones judiciales, gracias a que es posible distinguir entre la norma creada para solucionar el caso, a la que para simplificar se llamará aquí sentencia, y la norma en la cual la sentencia se ha fundado o debería haberse fundado, la cual se supone necesariamente anterior no solamente a la sentencia sino a los hechos materia del juzgamiento.

A pesar de la ambigüedad que caracteriza al tratamiento de la costumbre en la teoría jurídica, ha quedado claro que la relación entre el hecho consuetudinario y la norma consuetudinaria no es en modo alguno semejante a la que existe entre el acto legislativo y la ley.⁹ No tendría sentido, en este contexto, intentar algún tipo de control de la legalidad de las decisiones en función de su eventual conformidad o no con una norma consuetudinaria preexistente, porque tal norma no es en realidad un dato empírico susceptible de apreciarse con independencia de las decisiones que inspira o sustenta.

Solamente la remisión a otros casos, a otras decisiones y específicamente la comparación entre ellas, podría servir de referencia para determinar el grado de regularidad de una decisión concreta. Aun así, la evaluación tendría un campo sumamente restringido de validez, ya que no serviría sino para esa comunidad en particular, dado que *el hecho consuetudinario no va más allá de los límites de la comunidad en la que se produce*.

Conviene, para el desarrollo posterior, resaltar algunas de las consecuencias de esta observación:

- a) La dudosa pertinencia de las generalizaciones. Cualquier observación respecto de lo que constituye *derecho vigente* tendrá valor solamente para ese pueblo indígena, entendiendo el término en el sentido restringido del Convenio 169. De ahí que la Corte Constitucional de Colombia prefiera evaluar las situaciones de tensión entre el respeto a la diversidad y la necesidad de preservar la unidad del Estado y el orden público, no sujetándose a principios o reglas generales, sino mediante un balance de los derechos en conflicto hecho en cada caso.¹⁰
- b) La imposibilidad práctica de controlar la regularidad interna de las decisiones, por cualquier órgano distinto de la propia comunidad. No existe un criterio de legalidad, sino que ésta se agota simplemente en la legitimidad pura, es decir, en el grado de aceptación por la comunidad. A mayor identidad cultural, mayor solidez y uniformidad en los criterios de valoración y, por consiguiente, mayor posibilidad de que las condiciones de legitimidad sean compartidas por las autoridades de la comunidad y la comunidad misma.
- c) Esto permite aventurar como probable la hipótesis según la cual a mayor grado de penetración de las formas de vida, las instituciones y los criterios de valoración provenientes del mundo no indígena, mayor será la posibilidad de que, a título de derecho consuetudinario indígena, se consagre simplemente el imperio de la absoluta discrecionalidad. Esto lleva a la adopción, como método, de una regla práctica para la resolución de conflictos que puede ser presentada como una relación inversa entre el ámbito de autonomía de la justicia indígena frente al Derecho estatal y el grado de permeabilidad cultural: *mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía*.¹¹
4. Para establecer si las decisiones de las autoridades indígenas deben guardar conformidad con el Derecho estatal o de qué otra manera se relacionan con éste, es necesario referirse antes a las condiciones de coexistencia entre ambos sistemas.

4.1. La sociología jurídica había establecido desde hace mucho que hay espacios de la vida social en los cuales el Derecho estatal simplemente no rige. Éstos, lejos de ser espacios de no-derecho, para utilizar la expresión de Carbonnier,¹² resultan en realidad espacios sociales en los cuales las relaciones entre los integrantes del grupo se rigen por un orden normativo distinto del Derecho estatal, a pesar de las disposiciones de este último orientadas a garantizar su vigencia y eficacia territoriales.

Si el Derecho estatal se proclama no solamente como un orden universal, en cuanto dice regir sin excepción en todo el territorio, sino también como un orden excluyente –porque no reconoce dentro de su espacio de vigencia otro orden–, se está ante un fenómeno conocido como *pluralismo fáctico*, en el cual la coexistencia de ambos sistemas se define por la mutua prescindencia del otro: cada uno funciona como si el otro no existiese y, evidentemente, las decisiones que se adoptan en observancia de las normas propias de un sistema, carecen de validez para el otro. Aún más, para el Derecho estatal, la aplicación de ciertas normas del otro sistema dentro de las fronteras territoriales podría constituir infracción susceptible de sancionarse.

Sin abandonar esta misma perspectiva, bien podría ocurrir que para efectos de la aplicación del Derecho estatal los jueces reconozcan que existen esos espacios culturales en los cuales imperan otros valores y que esto debería considerarse como un dato para la valoración de la conducta. Todavía no hay un reconocimiento formal de la existencia de un ordenamiento distinto del estatal sino que se trata, simplemente, de la verificación de un *hecho*, es decir de una de las circunstancias que para los jueces se agrupan dentro de la denominación genérica de *quaestio facti*, como la edad de la víctima, el sexo del imputado o su estado civil. Hay innumerables decisiones judiciales en las cuales las condiciones de vida de los indígenas se han tomado en consideración para resolver. Una sentencia chilena, por ejemplo, aceptó el argumento de legítima defensa en el caso de un homicidio cometido por una mujer mapuche que argumentó haberlo hecho porque la víctima, un conocido brujo, con sus maleficios, estaba atentando contra la vida de su hija.¹³

El pluralismo deja de ser meramente fáctico cuando el Derecho estatal reconoce *formalmente* la existencia del otro y, por lo mismo, acepta como válidos sus procedimientos y sus criterios de decisión. Cuando esto ocurre, no es suficiente definir las reglas de atribución para evitar conflictos de leyes y saber en qué casos rigen las normas del un sistema y cuándo procede aplicar las del otro. Previamente debe definirse si el reconocimiento formal se hace sobre bases de *mutua exclusión* o de *acumulación*. Ocurrirá lo primero cuando la aplicación de las normas del un sistema a una situación concreta, excluyen por completo la posible aplicación de las normas del otro. Habrá en cambio *acumulación*, si la circunstancia de que se hayan apli-

cado las normas del un sistema, no excluye la posibilidad de que también deban aplicarse al mismo caso todas o algunas de las normas del otro, como ocurre con frecuencia en algunos sistemas federales.

En esta perspectiva, el examen del marco normativo relativo a la justicia indígena en Ecuador permite establecer que:

- a) La Constitución reconoce la validez del derecho consuetudinario indígena. Desde el punto de vista del Derecho estatal, entonces, se está ante un caso de pluralismo formal.
- b) Este reconocimiento es limitado. La primera limitación tiene que ver con la naturaleza de los asuntos sometidos a la justicia indígena: *los conflictos internos*, según el artículo 191.
- c) El reconocimiento está, además, condicionado a que los procedimientos y los criterios de decisión *no sean contrarios a la Constitución y a las leyes*, según dice expresamente la misma disposición constitucional.

A continuación se examinará el alcance de estas limitaciones. Al hacerlo, se procurará también esclarecer la naturaleza de las relaciones entre ambos sistemas y definir si tales relaciones han de entenderse como de mutua exclusión o de acumulación.

4.2. Pueden distinguirse dos grandes límites establecidos por la Constitución: el primero se refiere al tipo de conflicto y el segundo al contenido de los criterios de decisión.

En cuanto al tipo de conflicto, la justicia indígena está llamada a ocuparse solamente de los calificadas como *internos* por el texto constitucional y, en lo atinente a los criterios de decisión empleados por las autoridades indígenas, éstos no pueden ser contrarios al orden público ni a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

4.2.1. El ejercicio de funciones de justicia atribuido por el artículo 191 de la Constitución a las autoridades de los pueblos indígenas está limitado a la solución de los *conflictos internos*. La cuestión es determinar qué es lo que ha de entenderse comprendido dentro de esta expresión.

Desde el punto de vista lógico hay tres posibilidades:

- a) Darle a la expresión un sentido material, es decir, tener en cuenta la materia del conflicto. Esto supondría que las controversias cuya materia pueda ser considerada de incumbencia interna, es decir, relevante para la subsistencia y el desarrollo del pueblo indígena, queden sometidas a la justicia indígena.
- b) Darle un sentido territorial o espacial, de manera que todo conflicto que ocurra dentro de ciertos límites geográficos, quedaría sometido a la justicia indígena.¹⁴
- c) Darle un sentido subjetivo, es decir atender a la calidad de los sujetos involucrados en el conflicto, de modo que solamente los conflictos entre indígenas sean materia reservada a las funciones de justicia indígena.

De estas tres, la única jurídicamente viable es la última.

El problema con las dos primeras opciones, la interpretación material y la espacial, es que conducen a una situación inadmisibles desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los individuos no indígenas. Ambas posi-

bilidades interpretativas, en efecto, permitirían que personas no indígenas queden sometidas a órganos de justicia y a criterios de decisión que les son extraños.

Hay que tener en cuenta que las garantías judiciales son intangibles en la doctrina internacional de los derechos humanos y, como expresamente lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵ no pueden suspenderse ni ser disminuidas ni siquiera dentro de los estados de emergencia.

El argumento según el cual en caso de conflicto entre derechos debe prevalecer aquél cuya promoción especial se está buscando por el sistema, invocado para defender la tesis de la extensión del ámbito de la justicia indígena, solamente resultaría válido si no hubiese derechos fundamentales en juego y si el sacrificio del un derecho fuese condición necesaria para la prevalencia del otro. En el caso, aparte de que se está ante derechos fundamentales, no se ve de qué manera el respeto a las garantías judiciales de los individuos reconocidas por el Derecho estatal vaya en desmedro de la preservación de la cultura y forma de vida del pueblo indígena. Si individuos extraños al pueblo indígena cometen un atentado de cualquier tipo que lesione los derechos de éste, tal infracción debe ser castigada por el Derecho estatal, para respetar las bases de convivencia en una sociedad política que se define como pluricultural; y este objetivo puede cumplirse sin necesidad de sustraer a los individuos no indígenas de sus jueces naturales.

Hay que tener presente que el texto del Convenio 169 en esta materia no deja lugar a dudas. Dice el artículo 9.1. que: *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

De manera que no debe confundirse la justicia indígena con esas reacciones colectivas de autodefensa en las cuales las comunidades indígenas castigan los atentados de los que se sienten víctimas, perpetrados por extraños. Son casos de justicia por propia mano que no están cobijados ni por el Convenio 169, ni por la Constitución y que no deberían tampoco estar autorizados por la ley que se expida en el futuro.

4.2.2. El texto constitucional parece demandar una conciliación imposible cuando exige que la aplicación de las costumbres o derecho consuetudinario indígena se haga de tal modo que no se contravenga la Constitución y las leyes.

La inexistencia de una escala de valores común y la heterogeneidad de las concepciones, incluidas las relativas a la naturaleza del conflicto, a la represión y al castigo, son inherentes a la pluriculturalidad de la que habla la misma Constitución. La Corte Constitucional de Colombia ha planteado el problema de la siguiente manera:

Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisio-

nes y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales.¹⁶

Por lo pronto, en lo que tiene que ver con las relaciones entre el Derecho estatal y las costumbres o derecho consuetudinario indígena, resulta claro que aquí no puede observarse ya el modelo al que se ha llamado de mutua exclusión. Tanto el texto constitucional como el Convenio 169 exigen la acumulación, es decir requieren que los criterios de solución llenen no solamente las exigencias del derecho indígena, sino también ciertas exigencias del Derecho estatal.

De manera que resulta indispensable establecer cuáles serían los criterios que servirían para superar esas tensiones. Si no fuesen superables, la viabilidad jurídica de la justicia indígena quedaría anulada.

La primera consideración tiene que ver con la naturaleza o el tipo de conflicto en razón de la materia. Aunque el derecho consuetudinario indígena no reconozca distinciones en razón de la materia, el Derecho estatal no solamente lo hace, sino que tiene a esta distinción como el fundamento para mantener una actitud diferente frente a cada tipo de conflicto. Así, las normas que regulan las relaciones voluntarias entre personas, típicas del derecho privado, se entienden meramente de coordinación y se les reconoce carácter supletorio frente a la voluntad de las partes. Las relativas al orden público, en cambio, que regulan relaciones de subordinación, tienen carácter imperativo.

Aunque es indudable que en el mismo Derecho estatal hay áreas que se presentan como intermedias u otras que no responden en absoluto a este criterio tradicional de distinción, la aplicación de éste permite reconocer un tipo de conflicto en el cual la autonomía que se reconozca a la justicia indígena frente al Derecho estatal puede ser total: el de relaciones voluntarias, correspondientes a lo que en el Derecho estatal cae dentro de la calificación de derecho privado.

No se trata de imponer la distinción, al contrario, al reconocer su existencia dentro del Derecho estatal, esta distinción permite que ciertos conflictos internos de los pueblos indígenas, cualquiera que sea la denominación o el tratamiento que reciban por parte del derecho consuetudinario, queden sometidos *exclusivamente* a la justicia indígena y que en su solución primen los criterios de decisión propios de ésta, a despecho de cualquier regulación estatal.¹⁷

Las bases fundamentales de convivencia del Estado, cuyo régimen jurídico se abre para dar cabida a la justicia indígena, no se sienten desafiadas por la forma en la que una parte de la población resuelve conflictos en los cuales, desde la perspectiva estatal, solamente están en juego intereses individuales. No ocurre lo mismo cuando se trata de situaciones ubicadas, según esa misma perspectiva, en el ámbito del orden público.

Dos casos pueden servir para ilustrar el problema.

El primero es un caso real. En palabras de la autoridad indígena, se resume de la siguiente manera:¹⁸

Previa atribución que me concedió el Consejo de Ancianos en calidad de Delegado Principal representante de la Nacionalidad Siona al Consejo Nacional de CODENPE (...) para que los represente en aplicación de la Ley, digo:

Después de efectuar todas las investigaciones del caso, en mérito a las diferentes pruebas, en aplicación de la Ley (Ley Especial de las Comunidades Indígenas, amparada por la Constitución de la República del Ecuador), con todos los antecedentes se determina que "NN" es culpable de violación sexual contra "XX" (...) la misma que tenía trece años de edad. Por lo que se lo sentencia a pena de muerte en aplicación de nuestra Ley

De paso, antes de examinar el asunto de fondo, conviene recordar una cuestión que se había planteado desde el inicio: la terminología empleada, la forma escrita, inclusive el formato del documento,¹⁹ reproducen los usos típicos de la burocracia estatal. Más allá del caso concreto, interesa el dato en sí y la hipótesis de su considerable frecuencia. Ahora bien, si hay un *derecho consuetudinario indígena* ¿no tendría éste su propio ritual y su propio lenguaje? Puede tratarse, ciertamente de un intento de disfrazar lo indígena con un ropaje propio de la cultura estatal para darle apariencia de legalidad, como un ejemplo más de la aplicación de estrategias de sobrevivencia desarrolladas a los largo de varios siglos. Pero podría tratarse también de un caso de innovación normativa bajo el manto del derecho consuetudinario. Es decir, un derecho consuetudinario que dejó de serlo debido al alto grado de penetración de la cultura mestiza resucita gracias a la instauración de la justicia indígena, mediante la creación de normas que la comunidad va inventando conforme se presentan las situaciones de conflicto. Es, ciertamente, un tema que debería ser investigado.

Pero volviendo al tema central, el otro caso, ahora meramente hipotético, presenta el problema opuesto al del anterior: en lugar de discutirse la inadmisibilidad de la sanción, lo que ahora preocupa es la virtual impunidad. Los hechos podrían resumirse así: la autoridad indígena decide expulsar de la comunidad a uno de sus miembros, como única sanción por haber cometido homicidio en perjuicio de otro indígena.

Ambas situaciones resultan difíciles de conciliar con el Derecho estatal. ¿Tiene la justicia indígena suficiente autonomía como para imponer una pena que ni siquiera mediante ley podría ser reinstalada en el Derecho estatal? Y, con respecto al segundo caso ¿aceptarían los jueces estatales el argumento de *non bis in idem* si el Ministerio Público llegare a promover la acción penal en contra del homicida expulsado?

Estas son cuestiones que no pueden dilucidarse mediante el reconocimiento de preeminencia total de uno de los dos órdenes en pugna: el estatal y el indígena.

Si se opta por el primero, la justicia indígena quedaría limitada a los temas de derecho privado y sería letra muerta el mandato del artículo 9.1. del Convenio 169. Si se opta por el segundo, se quebrantarían principios que constituyen base fundamental de la convivencia social y se convertiría, igualmente, en letra muerta, la parte final del mismo artículo 9.1. que reconoce la preeminencia de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El camino que han encontrado tanto la doctrina como la jurisprudencia se ha construido sobre dos tesis cuya pertinencia y alcance siguen discutiéndose. La primera tesis es la del relativismo cultural en la interpretación de los derechos humanos. La segunda, la posibilidad de hacer distinciones jerárquicas entre los derechos.

Las convenciones internacionales sobre derechos humanos nacieron con la pretensión de ser universales, es decir, capaces de lograr la adhesión de los Estados a pesar —y por sobre— las profundas diferencias culturales. Al amparo de esta idea, se ha desarrollado una corriente llamada universalista, según la cual los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales son inherentes a la persona humana y, en tal medida, igualmente válidos para toda sociedad.

Frente a esta tesis, contraponiéndose a ella, se ha desarrollado otra, según la cual en cuanto son en esencia valoraciones morales, los derechos humanos adquieren significado y legitimidad solamente en determinada tradición cultural.

No se ganaría nada con desarrollar aquí cual es, a juicio del autor, la postura correcta. Sería solamente una muestra de prepotencia intelectual, porque el tema, en la doctrina, está apenas comenzando.

Conviene advertir, sin embargo, que las versiones extremas de ambas tesis no se proponen ya sino como ejercicio académico y que, ciertamente, los derechos humanos no son universales en su aplicación, distinguiéndose claramente cuatro sistemas, con diferencias bien marcadas: el europeo, el interamericano, el africano y el asiático. Pero más allá de estos hechos, los términos mismos de la controversia tienden a ser replanteados. El primer imperativo, dice Boaventura de Sousa Santos,²⁰ para lograr que *la conceptualización y la práctica de los derechos humanos* pasen a ser un proyecto cosmopolita, *es trascender el debate entre universalismo y relativismo cultural*. Las tesis intermedias surgidas al calor de este tipo de propuestas se presentan como *relativismos* atenuados mediante estrategias de adaptación transcultural.²¹ Una de tales estrategias consiste en la *adaptación sustantiva*, y se logra distinguiendo en los derechos humanos una esencia o núcleo con valor universal por un lado y un margen de apreciación que abre la posibilidad a excepciones de forma y a variaciones de grado, por otro. Ciertos derechos formarían parte del núcleo y prevalecerían en todo caso:

La necesidad de defender unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones justifica la adopción de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos que, según Bobbio, constituyen "la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del consensus omnium gentium sobre un determinado sistema de valores.

Mientras otros derechos cederían frente a las peculiaridades culturales:

No cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural.

5. La cuestión difícil, como resulta obvio, está en definir los criterios a partir de los cuales se hace la distinción entre el núcleo intangible y la periferia variable. A pesar de lo discutible que pueda ser el planteamiento en el plano teórico, desde el punto de vista de la ad-

cuestión relativa a la ideología judicial. De manera que la pregunta no debió haber sido cómo se concilia constitucionalmente el conflicto entre orden estatal y el derecho a la diversidad.

¿Quién va a resolver los casos concretos? Así parece que en definitiva debe plantearse la cuestión.

Notas

1. Aquí se utilizará la expresión *justicia indígena* para designar al conjunto de elementos inherentes a la existencia y aplicación de las normas de origen consuetudinario mencionadas en el artículo 191 de la Constitución.
2. Dice el artículo 1: 1. *El presente Convenio se aplica: (...) b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.* 2. *La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*
3. En el Proyecto de *Ley de Nacionalidades y Pueblos Indígenas* (No. 23-760) presentado en noviembre de 2001 por legisladores vinculados con las organizaciones indígenas, se reconoce la existencia de las *nacionalidades* Kichwa, Shuar, Chachi, Ashuar, Awa, Huarani, Tsáchila, Cofan, Siona, Secoya, Epera, Zápara y Shiwiar (Art. 6) al tiempo que, en el Art. 7 se reconocen *en la nacionalidad Kichwa*, 18 pueblos: Saraguros, Cañaris, Puruhá, Warankas, Tomabelas, Chibuleos, Kisapinchas, Salasacas, Panzaleos, Kitu, Karas, Kayampis, Otavalos, Cotacachi, Karankis, Natabelas, Kichwas de la Amazonía y Manta Huancavilcas.
4. La práctica de exigir un estatuto o reglamento interno a la usanza y según los patrones del Derecho estatal, resulta ahora claramente inconstitucional. Subsiste, sin embargo.
5. Wray Alberto, *Justicia Estatal y pueblos indígenas, en Pueblos Indios, Estado y Derecho*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1992, pág. 191
6. Como se verá del texto del documento que más adelante se analiza, las muestras de tal influencia son innegables.
7. Ross Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, 1963, pág. 91.
8. Teóricamente podría ocurrir que tal exigencia de conformidad no fuere necesaria, si la *justicia indígena* pudiese ignorar por completo al Derecho estatal. Después se verá que tal posibilidad está expresamente vedada por la Constitución.
9. Venengo R. J., *Curso de Teoría General del Derecho*, 2da. Edición, Buenos Aires, 1976, pág. 445.
10. Dice la Corte en la sentencia C 139/96: *La sopesación de los principios de diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales, conforme con la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha sólo frente a casos concretos. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela.*
11. Sentencia T 254/94
12. Carbonnier Jean, *Derecho flexible*, 1974, Tecnos, Madrid, Cap. II.
13. Esta valoración transcultural de los hechos se ha tornado obligación, a partir de la vigencia del Convenio 169, cuyo artículo 8 dispone, en su inciso primero, que *al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*
14. Ésta es la opción que escogió la Constitución colombiana, cuyo artículo 246 expresamente alude a la definición territorial: *Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de con-*

ministración de justicia ofrece la posibilidad de evaluar, en los casos concretos, el interés del Estado en proteger la unidad y el derecho a la diversidad.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana en las sentencias ya citadas. Pero evaluar la situación en los casos concretos, pone en primer plano, otra vez, la

cuestión relativa a la ideología judicial. De manera que la pregunta no debió haber sido cómo se concilia constitucionalmente el conflicto entre orden estatal y el derecho a la diversidad.

¿Quién va a resolver los casos concretos? Así parece que en definitiva debe plantearse la cuestión.

Notas

1. Aquí se utilizará la expresión *justicia indígena* para designar al conjunto de elementos inherentes a la existencia y aplicación de las normas de origen consuetudinario mencionadas en el artículo 191 de la Constitución.
2. Dice el artículo 1: *1. El presente Convenio se aplica: (...) b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*
3. En el Proyecto de *Ley de Nacionalidades y Pueblos Indígenas* (No. 23-760) presentado en noviembre de 2001 por legisladores vinculados con las organizaciones indígenas, se reconoce la existencia de las *nacionalidades* Kichwa, Shuar, Chachi, Ashuar, Awa, Huarani, Tsáchila, Cofan, Siona, Secoya, Epera, Zápara y Shiwiari (Art. 6) al tiempo que, en el Art. 7 se reconocen *en la nacionalidad Kichwa*, 18 pueblos: Saraguros, Cañaris, Puruhá, Warankas, Tomabelas, Chibuleos, Kisapinchas, Salasacas, Panzaleos, Kitu, Karas, Kayampis, Otavalos, Cotacachi, Karankis, Natabelas, Kichwas de la Amazonía y Manta Huancavilcas.
4. La práctica de exigir un estatuto o reglamento interno a la usanza y según los patrones del Derecho estatal, resulta ahora claramente inconstitucional. Subsiste, sin embargo.
5. Wray Alberto, *Justicia Estatal y pueblos indígenas*, en *Pueblos Indios, Estado y Derecho*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1992, pág. 191
6. Como se verá del texto del documento que más adelante se analiza, las muestras de tal influencia son innegables.
7. Ross Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, 1963, pág. 91.
8. Teóricamente podría ocurrir que tal exigencia de conformidad no fuere necesaria, si la justicia indígena pudiese ignorar por completo al Derecho estatal. Después se verá que tal posibilidad está expresamente vedada por la Constitución.
9. Vernengo R. J., *Curso de Teoría General del Derecho*, 2da. Edición, Buenos Aires, 1976, pág. 445.
10. Dice la Corte en la sentencia C 139/96: *La sopesación de los principios de diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales, conforme con la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha sólo frente a casos concretos. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela.*
11. Sentencia T 254/94
12. Carbonnier Jean, *Derecho flexible*, 1974, Tecnos, Madrid, Cap. II.
13. Esta valoración transcultural de los hechos se ha tornado obligación, a partir de la vigencia del Convenio 169, cuyo artículo 8 dispone, en su inciso primero, que *al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*
14. Ésta es la opción que escogió la Constitución colombiana, cuyo artículo 246 expresamente alude a la definición territorial: *Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de con-*

- Notas** *formidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*
15. OC 9/87.
 16. Sentencia T 254/94.
 17. *Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas.* Colombia; Corte Constitucional; Sentencia T 254/94.
 18. Oficio s/n de 5 de abril de 2002, dirigido al Secretario Ejecutivo de CODENPE por Rogelio Criollo.
 19. El documento habla de un *reconocimiento del lugar de la violación*, se refiere a la *ofendida* y dice que la infracción ha sido *perpetrada*.
 20. Boaventura de Sousa, Santos, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*, 1998, Uniandes, Bogotá, pág. 355.
 21. Orentlicher Diane F. en: *Michael Ignatieff, Human rights as politics and idolatry*, 2001, Pinceton University Press, pág. 142.
-

La hegemonía del Ejecutivo en el sistema presidencial de Latinoamérica.

Entre el mito y la realidad¹

Hernán Salgado Pesantes

USFQ-BIBLIOTECA

Introducción

Cuando se analiza el sistema presidencial de América Latina es muy común, entre especialistas, destacar como una de sus características principales la hegemonía del Poder Ejecutivo a través de su titular el presidente de la República. Y, dicha característica sirve, además, -según otros- para diferenciar nuestro sistema presidencial latinoamericano del sistema presidencial de los Estados Unidos e incluso hay constitucionalistas que señalan la hegemonía presidencial como una deformación del sistema -se habla también de *degeneración*-, este criterio les lleva a distinguir una clasificación entre régimen presidencial (el de los Estados Unidos) y regímenes presidencialistas (los latinoamericanos).

Personalmente no comparto estos análisis, considero que son inexactos y superficiales. Igualmente, bajo esta óptica y frente a la variedad de regímenes parlamentarios, podría hablarse de que hay un parlamentarismo ortodoxo y otros que han sufrido deformación.

Para el caso que nos ocupa, la hegemonía supone lato sensu la supremacía de un órgano político sobre los demás. Y supremacía implica una preeminencia, una superioridad jerárquica. En suma, en la hegemonía existe un poder dominante.

En mi criterio, la hegemonía del titular del órgano ejecutivo no es una característica del presidencialismo, se trata más bien de un elemento inseparable de todo régimen autoritario o dictatorial, como quiera que se haya organizado su fachada pseudoconstitucional. Es la hipótesis que pretendo demostrar en este breve ensayo, primero se esbozarán los antecedentes para luego examinar lo que hoy es un sistema presidencial en América Latina.

El modelo presidencial

Como es conocido, el sistema presidencial fue un aporte de los Estados Unidos, de sus constituyentes reunidos en Filadelfia, quienes luego de largas deliberaciones lo concretaron en la Constitución de 1787 y allí, en breves normas, quedaron inscritas lo que serían las características básicas del presidencialismo norteamericano:

Una clara separación de poderes -siguiendo los postulados de Montesquieu- para impedir la concentración del poder en un solo órgano, al mismo tiempo, que se fijaban los límites de los tres clásicos poderes para que cada uno ejerza sus funciones en el contexto de sus atribuciones -sin interferencias del otro-, lo cual se traduce en un control recíproco, siguiendo la máxima *le pouvoir arrête le pouvoir*. De este modo se hacía realidad la tesis de los frenos y contrapesos (*checks and balances*).

Esta separación o división de poderes debía enmarcarse en un ámbito de equilibrio, no se consideró conveniente que un poder predominara sobre otro y también se estuvo consciente de las dificultades reales que podrían alterar este equilibrio. Por otro lado, la separación no significaba un aislamiento de los poderes, por el contrario debía existir una eficaz colaboración entre ellos. Poderes independientes pero estrechamente vinculados para alcanzar los fines del gobierno político. El tiempo se encargaría de demostrar que esta colaboración era trascendente, tanto como la independencia para ejercer sus atribuciones.

Estos aspectos revestían un particular interés tratándose de un Estado que adoptó el federalismo como forma de organización territorial.

Latinoamérica recoge el modelo presidencial republicano

Una vez obtenida la independencia política de los países hispanoamericanos, éstos adoptaron el modelo norteamericano de gobierno. Para entonces había transcurrido un regular período de tiempo desde que el país del norte aprobara su Carta constitucional en 1787, el camino republicano-presidencial de los Estados Unidos hacia la libertad se dio sin trastornos mayores, la representación y la alternabilidad de los órganos de elección popular tenían caracteres democráticos; al orden político seguía el desarrollo económico.

Cuando los países de América hispana -y posteriormente Brasil- tomaron el modelo presidencial no se puede decir que se copió el sistema; tal afirmación cae en el exceso de la simplicidad, lo que hubo fue una adaptación de las diversas instituciones. Téngase presente que las instituciones políticas -como otras- difícilmente se inventan, pues éstas se han desarrollado con los pueblos desde antiguo. Las instituciones de occidente constituyen el legado de la civilización greco-romana, particularmente de Atenas. Quizá podría señalarse simbólicamente como lo hizo un estudioso del mundo antiguo cuando tituló uno de sus libros *La invención de la política*, para referirse al proceso de gobierno de Grecia y Roma, a sus decisiones e ideología.²

Esta compleja adaptación de la institución presidencial estuvo sujeta a debates internos y a determinados intereses de la elite gobernante que no siempre fueron los de la mayoría gobernada. Muchas veces se pasó por alto la realidad nacional, en otras no hubo el criterio suficiente para recogerla en normas jurídicas adecuadas. Igual ocurrió con las propias experiencias nacionales.

En todo caso, se debe señalar que la adaptación del sistema presidencial en nuestros diversos países no fue uniforme, por ello presenta distintas variantes y modalidades en-

tre los Estados de América Latina, incluso entre países de una misma región geográfica.

Sistema presidencial y sistemas presidencialistas

Transcurrido el tiempo y desde la perspectiva que ofrece el siglo XX, algunos constitucionalistas al analizar el régimen de gobierno establecido en Estados Unidos y adoptado luego por los países latinoamericanos consideran que el primero es propiamente el presidencial y al sistema de los segundos lo califican de presidencialista para diferenciarlo de su modelo.

La razón de esta distinción radica en que los Estados Unidos lograron concretar en la práctica política sus principios constitucionales. Así, suele destacarse que en los Estados Unidos ha existido un equilibrio de poderes, particularmente entre el ejecutivo y el legislativo, mientras que en los Estados de América Latina no hubo este equilibrio: generalmente, el ejecutivo ha ejercido un marcado predominio sobre los otros poderes, incluido el legislativo. Es decir, los gobiernos latinoamericanos se caracterizan por la hegemonía del presidente de la República, titular del poder ejecutivo, y se los clasifica –según aquellos autores– como sistemas presidencialistas.³

En realidad, no se puede negar que se haya dado esa primacía de un poder sobre los demás y que muchas veces el legislativo haya quedado minimizado frente al ejecutivo. Pero tampoco es real el criterio de que los Estados Unidos se hayan caracterizado por un equilibrio de poderes, cuestión casi imposible, lo que ha existido es estabilidad institucional. Como señalan los politólogos, un equilibrio exacto no puede mantenerse en la vida política, siempre habrá un poder que por diversas razones logre una situación preponderante. En los mismos Estados Unidos se afirmó, en una época, que había un gobierno de los jueces y, en otra, que el gobierno estaba en manos del Congreso. No ha faltado quienes han señalado el predominio del ejecutivo en tiempos de Jackson, de Lincoln y de los dos presidentes Roosevelt.

Hegemonía presidencial y autoritarismo

Cuando se busca el fundamento que explique el por qué del poder hegemónico del titular del poder ejecutivo y la debilidad crónica de nuestras asambleas legislativas, se han encontrado innumerables causas como el caudillismo tanto militar como civil, la idiosincrasia del pueblo latinoamericano, el subdesarrollo económico, la debilidad institucional, la falta de una cultura política, etc. Todas estas cuestiones y otras han sido materia de innumerables análisis desde diversas perspectivas.

En síntesis, las diversas causas que generaron la hegemonía presidencial en América Latina giraron en círculo vicioso; en el siglo XIX sobresalieron tanto el caudillismo como la inestabilidad político-institucional; en atropellada secuencia se instalaron gobiernos y se dictaron *nuevas* constituciones. Para lograr un período presidencial de mayor duración, el titular del ejecutivo buscaba el apoyo militar y podía proclamarse *jefe supremo* sin temor a ser señalado como dictador. Con determinadas excepciones por países y por épocas, el esquema trazado fue el régimen de gobierno imperante en el siglo XIX y que se prolongó en las décadas siguientes, con algunos intervalos.

Está claro que ese sistema presidencial no descansaba en principios democráticos, como la separación de poderes, gobierno representativo fundado en el sufragio popular, responsabilidad gubernamental; el control político del congreso y el jurisdiccional de las cortes de justicia funcionaron limitadamente, no fueron eficaces, y en pocos Estados fue efectivo el control de constitucionalidad. En cuanto a los derechos fundamentales que consagrara el constitucionalismo clásico permanecieron de manera accesorio, no constituyeron el núcleo del sistema de gobierno.

De tales circunstancias se desprende que el sistema presidencial adoptado por los países de América Latina no tuvo una realización concreta y real en el siglo XIX y parte del siglo XX, con las excepciones del caso. En consecuencia, esos sistemas políticos que se vivieron fueron regímenes autoritarios que pueden darse en el parlamentarismo como en el presidencialismo u otra forma de gobierno. Al existir un jefe de Estado autoritario –igual que lo fueron los monarcas absolutistas– habrá un total predominio de éste sobre los demás órganos del Estado, cuyo grado de sumisión será proporcional al grado de autoritarismo ejercido en la cúpula del poder.

En mi criterio, esta realidad explica la hegemonía del titular del órgano ejecutivo, por tanto –como se dijo en la introducción– esta hegemonía no es una característica del presidencialismo, se trata de un elemento inseparable de todo régimen autoritario o dictatorial.

Papel protagónico del ejecutivo presidencial

En un sistema de gobierno constitucional y democrático, cualquiera que sea su régimen político, no puede existir la hegemonía –vale decir la supremacía– de uno de sus órganos. Si el principio de equilibrio de poderes, en la realidad, tiende a ser flexible, puede ocurrir en el Estado de Derecho que uno de sus órganos alcance cierto grado de predominio –como sucede con el sistema presidencial– pero sin romper el equilibrio.

Como ya se dijo, para explicar la preponderancia del titular del ejecutivo presidencial se han señalado diversas causas cuyo resultado generó –de modo inexacto– la característica de la hegemonía. Una de ellas, la principal en mi opinión, está dada por la naturaleza misma del sistema presidencial de ser el ejecutivo un **órgano de estructura unipersonal** o monista, lo cual le vigoriza. Este elemento intrínseco del presidencialismo debe estar presente, expresa o tácitamente, en todo análisis, su mención es inevitable.

Otro aspecto que indudablemente contribuyó a dar preponderancia al poder ejecutivo –especialmente en los regímenes presidenciales– fue el rápido desarrollo de los servicios públicos y su enorme ampliación a diversas esferas de la vida social e individual. Con esta finalidad, en todos los países y a lo largo del siglo XX se dio al ejecutivo –a los jefes de gobierno– mayores atribuciones. Esta decisión parecía guardar lógica porque quien dirige, ejecuta u orienta la administración, quien realiza la obra pública es el jefe de gobierno.

Además, las nuevas tendencias constitucionales de posguerra –desde las primeras décadas del siglo XX– proclamaban una mayor intervención del Estado con miras a hacer realidad los derechos sociales, económicos y culturales; es-

ta intervención reguladora se encauzaría, naturalmente, a través de un marco legislativo, pero sobre todo por la actividad benefactora del ejecutivo –welfare state– en base de programas políticos concretos.

En el caso del sistema presidencial, los presidentes latinoamericanos se impregnaron de una aureola mesiánica para convertirse en los salvadores del pueblo marginado. Con esta perspectiva surgirán los diversos populismos que a su vez impulsaron el papel protagónico del titular del poder ejecutivo. En las manos presidenciales no solo está la ejecución de las obras y servicios públicos, también está el manejo de la policía y de las fuerzas armadas.

Vicisitudes del presidencialismo: la institución militar

Si en los tiempos del autoritarismo la fusión del poder civil con el militar contribuyó a patentizar el predominio presidencial sobre los demás órganos del Estado, luego con el advenimiento de la democracia surgieron nuevas y difíciles situaciones.

En las diversas épocas en que los regímenes latinoamericanos salían de una dictadura militar, al retornar el gobierno representativo democrático el presidente de la República quedaba –en mayor o menor medida– cautivo de la institución militar, lo cual hacía que determinadas decisiones políticas requirieran el visto bueno castrense. Para el titular del ejecutivo esta era una manera de asegurar su permanencia en el poder.

La antedicha situación también llevó, en muchos casos, a una suerte de alianza del presidente de la República con la institución militar, hecho que en la práctica política de los Estados no debe aceptarse, pues la experiencia, incluso reciente, demuestra que en tales circunstancias el predominio presidencial será despótico y terminará imponiendo, bajo la fachada constitucional, un sistema autoritario de corte dictatorial.

El gobierno democrático exige que cada institución u órgano cumpla con las funciones establecidas en la Constitución, en ejercicio de la competencia que le ha sido atribuida. En este contexto, la institución militar se verá fortalecida y respetada al sujetar su actividad al ordenamiento constitucional del Estado.

Incidencia de lo económico en el presidencialismo

Los regímenes presidenciales de Latinoamérica en las últimas décadas han tenido que hacer frente a diversos problemas mucho más graves que aquellos que se dieron en épocas anteriores, poniendo a prueba la estabilidad institucional y al propio sistema democrático de gobierno.

Uno de los problemas de mayor gravitación ha sido el económico, con sus diversas facetas desde la hiperinflación hasta las quiebras bancarias, devaluación monetaria y crisis fiscal, etc.

Estos problemas económicos han incidido de manera especial en la función ejecutiva, debilitando a su titular, pues al aparecer el presidente de la República como la cabeza visible del gobierno todos esperan que solucione la crisis económica.

Es aquí donde comienza el drama socio-político, si bien el ejecutivo se traza como objetivo de alta prioridad la superación de la crisis y el reinicio del crecimiento económico, la voluntad presidencial –que a veces tampoco existe– tropieza con diversos obstáculos que agravan la situación e impiden alcanzar el objetivo.

Frente a las políticas económicas presidenciales se presenta la hostilidad y la oposición del órgano legislativo, constituyéndose en un obstáculo irresoluble que paraliza la actividad del ejecutivo con sus secuelas de agravamiento de la crisis y de inestabilidad.

La complejidad del problema económico –con sus duras consecuencias– ha incidido en la forma de gobernar; ténganse presentes las diversas recetas de los organismos financieros internacionales que restringen el margen de acción de los gobiernos y causan trastornos en la relación gobierno-pueblo.

En suma, estos fenómenos político-económicos y sociales han determinado que el anhelado equilibrio entre los poderes del Estado se presente como una utopía de imposible realización y que la colaboración ejecutivo-legislativo (incluso de los tres clásicos poderes del Estado) sea otra cuestión difícil de alcanzar. Sin embargo, la colaboración entre los dos poderes políticos tiene sus mecanismos, uno de ellos tiene que ver con la organización partidista.

Sistema presidencial y partidos políticos

Una cuestión importante en cualquier sistema democrático de gobierno, particularmente en el presidencial, es el relativo al papel de los partidos políticos. Desde inicios del siglo XX quedó en claro que los partidos constituyen un componente básico de la democracia. Así lo consideró Kelsen y señaló que la inclusión de los partidos en el texto constitucional significaba conformarlos jurídicamente como órganos para la formación de la voluntad estatal.⁴

El Estado, concretamente el gobierno, no puede prescindir de la actividad partidista y en las relaciones entre los órganos ejecutivo y legislativo los partidos juegan un papel que no debe ser desestimado. Constantemente se ha señalado que las dificultades de un régimen presidencial, y también del parlamentario, se deben en parte a la falta de partidos sólidos, de amplias bases populares.

Efectivamente, la experiencia demuestra la necesidad de que el presidente de la República cuente con el apoyo de un partido o movimiento político vigorosos, que aparte de haber sustentado su triunfo electoral haya obtenido un significativo número de legisladores; de este modo, la gestión presidencial tendrá el respaldo indispensable en el congreso. También se observa que en los períodos cercanos a las elecciones los legisladores prefieren por motivos electorales tomar distancia con el ejecutivo, particularmente aquellos que pertenecen a partidos distintos al del presidente de la República; en tal circunstancia los legisladores se convierten en opositores y en críticos severos del régimen, sin que se pueda esperar colaboración alguna, lo cual resulta negativo para el desarrollo del país.

Como se sabe, la oposición o colaboración que se manifiesta en el congreso, hacia el ejecutivo, es el resultado de las fuerzas partidistas que se muestran favorables o no a los criterios políticos que pone en acción el presidente de la Re-

pública. Por tal razón, este último necesita que haya en el congreso un importante bloque de legisladores afines ideológicamente, lo cual se facilita por la pertenencia a un mismo partido político. Aquí vale destacar una de las diferencias entre un partido y un movimiento político, el primero alcanza una mayor coherencia porque se fundamenta en una organización disciplinada, por tanto se espera que sus afiliados tengan una actuación homogénea que incluso puede ser prevista.

Como suele señalarse, en las reglas de la mayoría partidista hay implícita una política agresiva, donde se impone la tiranía del número. Esto puede ocurrir tanto en el ejecutivo cuando tiene un partido mayoritario en el congreso y, por tanto, lo domina; como, al revés, si es el congreso en oposición al ejecutivo el que tiene esa mayoría, ocurrirá lo dicho. Mucho mejores son las reglas del consenso, que dan lugar a espacios donde pueden haber acuerdos.⁵ Sin embargo, muchas veces no hay esa capacidad para llegar a consensos, para dialogar con espíritu asociativo y democrático

Ante la falta de un bloque mayoritario en el congreso, es natural que el presidente de la República busque alianzas con los legisladores pertenecientes a una agrupación diferente, siempre que tales alianzas se fundamenten en el interés colectivo del país. En este punto, hay similitud con lo que ocurre en el sistema parlamentario, la diferencia estaría en que el poder legislativo de un sistema presidencial no debe pretender que sea el congreso quien dirija el gobierno del país, esto corresponde al presidente de la República. Así lo ha establecido el constitucionalismo de carácter presidencial, desde sus orígenes hasta nuestros días. Una reforma que modifique esta cuestión trastocaría los cimientos mismos del sistema.

Las relaciones actuales entre el Ejecutivo y el Legislativo

Vale recordar que a fines del siglo XIX, el presidente Woodrow Wilson, especialista en Derecho Constitucional, escribió aun antes de ejercer la presidencia en 1913, en su obra *Congresional government*, que el régimen estadounidense había cesado de ser presidencial y de tener un ejecutivo fuerte, pues esta cualidad la tenía el congreso; incluso denominó a este sistema como gobierno del congreso (o régimen congresional).

En las últimas décadas del siglo XX se observa un enfrentamiento del órgano legislativo con el ejecutivo. En los congresos nacionales se desarrolla una oposición que complica la gestión presidencial y en algunas veces desencadena una crisis institucional.

No falta quienes creen que la separación de poderes ha sido concebida para crear gobiernos débiles: que a esto conducen los pesos y contrapesos que finalmente se convierten en bloqueos, en responsabilidades divididas y en desconfianza entre los poderes, que es todo lo contrario de lo que se necesita para un liderazgo y un poder fuertes, y que ésta es la paradoja del sistema presidencial.⁶

Hoy, a inicios del siglo XXI, al examinar el contexto socio-político en que se desenvuelven los Estados de América Latina, se observa que los titulares del poder ejecutivo, los presidentes de la República, se presentan en igual nivel de decisión y maniobra, de fuerza jurídica y poder en suma que

los órganos legislativos representados por los congresos de cada país. Incluso se observa que en no pocos países quien ostenta una primacía —en mayor o menor grado— no es el ejecutivo sino el legislativo. Es decir, que actualmente existe un fenómeno contrario a aquel que estuvimos acostumbrados a señalar como característica.

Cuando se estableció la separación de poderes se entregó al legislativo todo lo relacionado con la creación de la ley. Sin embargo, en nuestros tiempos, la ley se genera por lo regular en el ámbito del poder ejecutivo, por estar este dotado de mayores recursos técnicos y materiales. La función de control que también caracteriza al legislativo, en cambio, se ha ido desarrollando cada vez más y ha ido tomando en nuestras épocas una mayor importancia. Más todavía cuando existe corrupción y es el legislativo quien debe fiscalizar.

En todas partes el legislativo realiza un intenso trabajo interno para lo cual cuenta con una estructura determinada y los servicios de apoyo necesarios, si bien, lo que está bajo la mirada pública son las sesiones plenarias que realiza esta institución, es decir los actos legislativos externos. Para el primer tipo de trabajo están las llamadas comisiones, cuya actividad reviste especial importancia. Repetimos que, con el tiempo, se han transformado las funciones de los órganos legislativos y se han diversificado.

Como se sabe, el ejecutivo y el legislativo son los dos poderes o funciones que tienen a su cargo toda la actividad política del Estado, a diferencia del poder judicial y otros organismos estatales que se caracterizan por tener funciones esencialmente técnicas. Por lo dicho, las relaciones ejecutivo-legislativo tienen particular importancia, al tiempo que reflejan la situación que vive un país.

En el sistema presidencial uno y otro provienen de elección universal popular, lo cual les convierte en auténticos representantes o mandatarios de la voluntad nacional. Las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo descansan en el clásico principio de la separación de poderes, que implica a la vez independencia y coordinación: conceptos básicos para el ejercicio de las competencias y funciones que la Constitución asigna a cada uno. Si los órganos actúan con independencia y coordinación se está en el camino del equilibrio institucional.

En un sistema de gobierno democrático, no solo que requiere sino que exige, que exista una labor coordinada y de colaboración entre los órganos ejecutivo y legislativo; ni el presidente de la República puede menospreciar o subestimar al congreso, ni los legisladores pueden bloquear u hostilizar la gestión administrativa del ejecutivo. Las relaciones ejecutivo-legislativo son interdependientes. Como suele señalarse, incluso en los Estados Unidos el poder real del presidente está subordinado a la cooperación del congreso.

Todos estamos conscientes que por encima de uno u otro órgano del Estado están los fines y los valores de la sociedad, que el Estado social de Derecho encuentra su razón de ser cuando crea las condiciones necesarias para el desarrollo integral de su comunidad.

La disolución del Congreso

Hay quienes piensan que la disolución del congreso en régimen presidencial permite la estabilidad del mismo. Este

aspecto es bastante relativo. No porque se incluya esta institución de la disolución en la Constitución se garantiza que el congreso no vaya a entrar en conflicto con el ejecutivo. Además, la disolución del órgano legislativo debe llevar como contrapartida la destitución del presidente de la República.

Otros creen que la disolución del congreso contribuye a la separación de poderes en el sistema presidencial, lo cual es paradójico, pues implica todo lo contrario, se trata de una intervención o intromisión del ejecutivo en el órgano legislativo. Más aún si ambos proceden de elección popular, no debería haber lugar a la disolución. En cambio, sí contribuiría a la preeminencia del presidente de la República, la disolución sería un arma en beneficio del ejecutivo.

Por otro lado, la disolución puede convertirse en un boomerang contra el propio presidente de la República que la utiliza, porque si no tiene el apoyo del electorado, regresará un congreso compuesto por legisladores de oposición más hostiles y la situación será insoluble; en todo caso, al no ser el presidente apoyado por el electorado pierde su autoridad moral y política.

Uno de los primeros intentos de establecer la disolución de la función legislativa se dio en Paraguay; en la Constitución del general Stroessner de 1967, el Art. 182, estableció la disolución de una manera arbitraria, dejando a la entera discreción del presidente los hechos que servirían para justificar la disolución, cuestión que conlleva al abuso. La norma decía lo siguiente: *El Presidente puede decretar la disolución del Congreso en caso de acontecimientos graves que le serían imputables y que pondrían en peligro el equilibrio entre los poderes del Estado, o afectarían de otra manera el funcionamiento regular de la Constitución o el libre desenvolvimiento de las instituciones.*

También en Chile se propuso la disolución, y se discutió sobre ella sin resolver, cuando el presidente Frei fue elegido en 1964 por una amplia mayoría del 55,5% y debió, hasta marzo de 1965, soportar la hostilidad del Congreso. Un hecho similar sucedió en Ecuador en 1980 con el presidente Roldós.

Actualmente es Perú quien incluyó la disolución en su Carta constitucional de 1993 para que el presidente Alberto Fujimori *pueda gobernar*, (Art. 134). Con mayor cautela, por los límites impuestos, lo recogió la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela bajo el auspicio del presidente Hugo Chávez Frías. Aquí opera la disolución en caso de que la Asamblea Nacional censure y remueva por tres ocasiones dentro del mismo periodo presidencial al vicepresidente de la República, (Art. 240 y 236 número 21 de la Constitución).

En resumen, la disolución del órgano legislativo en sistema presidencial no tiene el papel que se le ha dado en el parlamentarismo, sus efectos podrían ser contraproducentes para el convivir democrático.

Además de la disolución, para la desconcentración del poder ejecutivo en el régimen presidencial se han buscado algunas fórmulas o variables del sistema parlamentario. Se trata de estructurar un sistema mixto: semi-parlamentario, semi-presidencial, siguiendo la experiencia de la Quinta República Francesa que instaurada en 1958 por el general De Gaulle ha logrado consolidarse con estabilidad.

Una fórmula que suele señalarse es la de buscar la manera de que los ministros del gabinete controlen de algún modo la gestión presidencial. Esto es lo que Loewenstein llamaba presidencialismo atenuado, que es aquel en que se da la participación ministerial. Sin embargo, en la práctica esto no sucede en el sistema presidencial porque los ministros son nombrados y removidos libremente por el presidente. Además, de modo general, se los nombra por su vinculación tanto personal como política con el presidente de la República.

La búsqueda de soluciones diversas continuará en la mesa de discusión integrada por juristas y teóricos, mientras los políticos deciden con mayor rapidez que la fórmula *correcta* es la reelección inmediata del presidente de la República.

Fortalecimiento y debilidad del presidente de la República

Junto con la declinación de los regímenes de tipo autoritario —un cesarismo empírico como diría Burdeau— instaurados en el marco del presidencialismo latinoamericano, también declinó el poder hegemónico del ejecutivo.

En los tiempos actuales el órgano presidencial evidencia una debilidad que tiende a ser crónica, más aún en los casos en que se enfrenta a la hostil oposición del legislativo, quien en muchas ocasiones parece detentar un predominio que le lleva a imponer sus reglas de juego. Sin embargo y aunque parezca paradójico, la declinación política del titular del ejecutivo genera inestabilidad, tal parece que el presidencialismo latinoamericano se hubiera adaptado al predominio del órgano presidencial.

Si algún elemento de predominio favorece al poder ejecutivo ese tiene que ver con el denominado fortalecimiento de la función, el cual se dio mediante normas constitucionales con la expresa finalidad de que su extensa labor administrativo-política sea más eficiente y llegue de modo eficaz a los habitantes del Estado.

Recuérdese que el constitucionalismo europeo, de antigua tradición parlamentarista, preconizó —desde los inicios del siglo XX— que había que vigorizar al órgano de gobierno del poder ejecutivo, es decir, se debía dar mayores atribuciones constitucionales al primer ministro y a su gabinete ministerial.

Esta tesis tiene una explicación histórica: en síntesis, sucedió que a partir de la Revolución Francesa las asambleas legislativas —los parlamentos— como auténticos órganos de representación popular habían acumulado muchas atribuciones en detrimento del poder ejecutivo que para la época estuvo en manos de la monarquía absolutista. Con el advenimiento de la monarquía constitucional, y dentro del sistema parlamentario, ya no se justificaba que exista un ejecutivo débil en lo relativo al ente de gobierno. El mismo crecimiento de los servicios públicos que tenía la obligación de dar el Estado, por intermedio de la función ejecutiva, exigía que el jefe de gobierno disponga de mayores competencias constitucionales.

El constitucionalismo latinoamericano, en general, recogió la idea del fortalecimiento del poder ejecutivo con criterio restrictivo, para determinadas situaciones y casos, pues comprendió que el sistema imperante en nuestros países era

el presidencial, el cual por su propia naturaleza ya era fuerte, más aún con tendencias hegemónicas. Este criterio no fue compartido por las fuerzas políticas cuyos exponentes siempre se pronunciaron –hasta hoy– por la tesis de fortalecer el poder ejecutivo de modo amplio, cuestión que en mi opinión entraña riesgo.

Como se anticipó, lo que el Derecho Constitucional latinoamericano ha buscado es revestir de mayor eficacia y dinamismo al poder ejecutivo de tipo presidencial, sabiendo que desde esta función se impulsan y concretan los derechos económicos, sociales y culturales a la par del derecho al medioambiente sano, a la paz y de otros derechos colectivos. Todo ello sin descuidar de establecer límites y controles a las diversas potestades del ejecutivo, no para coartar su acción sino para evitar el mal uso –o abuso– de las facultades presidenciales.⁷

En este orden de ideas, de tiempo atrás se observa que el ejecutivo ha tomado un papel protagónico en el proceso de crear leyes, la mayoría son fruto de su iniciativa, relegando al órgano legislativo la deliberación y aprobación de las leyes enviadas por el presidente de la República. Igual fenómeno ocurre en el sistema parlamentario, lo cual es fácilmente comprensible pues quien está en contacto directo con las necesidades de la función pública en los diversos ámbitos es el poder ejecutivo y para concretar sus políticas de desarrollo requiere del marco legal.

Asimismo, se han otorgado mayores facultades al presidente de la República en materias que antes estaban en manos del órgano legislativo, cuestión que no examinaré en razón del tema del presente trabajo. Sin embargo, hay cuestiones que no deben quedar exclusivamente en manos del presidente, por ejemplo lo relativo al endeudamiento público y a sus montos; tampoco es aceptable, por ejemplo, dejar la decisión final en materia legislativa al presidente de la República como ocurre en Ecuador, donde para dejar sin efecto el veto parcial del presidente el Congreso Nacional necesita el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, votación que en la práctica resulta difícil de obtener y por tanto impera el veto parcial.⁸

En conclusión, no obstante el fortalecimiento de las funciones del titular del ejecutivo presidencial, los diversos problemas que se han presentado en estas últimas décadas, particularmente el económico, han terminado por debilitar a la figura del presidente de la República, trayendo consigo una carga de inestabilidad política e institucional que conduce a la ingobernabilidad. En este caso, el propio papel de *primer mandatario* que coloca al presidente sobre los demás ha jugado en su contra: hacia este órgano constitucional converge la presión de las fuerzas sociales y políticas del país. Solo después, de modo casi accesorio, la presión se encamina a los mandatarios legisladores.

México, febrero 12 de 2002

Notas

1. El presente trabajo fue presentado como ponencia en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de México del 12 al 15 de febrero de 2002.
2. Moses I. Finley, *L'invention de la politique*, ed. Flammarion, 1994, France.
3. Generalmente los constitucionalistas franceses han establecido la clasificación: A. Hauriou, G. Burdeau, G. Conac, R. Moulin, M. Duverger, entre otros.
4. Cf. Hans Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, 2a edición, 1977, Ediciones Guadarrama Punto Omega, España.
5. Ver, Arend Lijphart, *Presidencialismo y Democracia de Mayoría*, pág. 120, en *Hacia una democracia moderna, la opción parlamentaria*, ed. Universidad Católica de Chile, 1990.
6. Ver, Juan J. Linz, *Democracia Presidencial o Parlamentaria ¿Qué diferencia implica?*, en *Las Crisis del Presidencialismo*, 1. Perspectivas comparativas, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
7. Para un mayor análisis ver: Hernán Salgado, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, ILDIS 1987, Quito, pág. 20 a 22.
8. *Constitución del Ecuador*, artículo 153, párrafo cuarto.

Apuntes sobre la interpretación constitucional

Fernando Pachano O.

No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando, una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos.
(Juez John Marshall)

Introducción

La interpretación de la Constitución, es decir, el proceso mediante el cual se indaga el sentido de una norma constitucional con el fin de aplicarla, es un tema de interés relativamente reciente en la doctrina jurídica. Nada se dijo sobre ella durante siglo y medio de desarrollo del Derecho Constitucional. Como nos recuerda el profesor Pérez Royo, en los tratados de Derecho Constitucional del siglo XIX y de las primeras décadas del XX, no constaba un apartado, mucho menos una lección, dedicados a la interpretación de la Constitución. En definitiva: *Se trataba de una cuestión inexistente.*¹ Sólo a partir de los años cincuenta del siglo pasado el tema cobra importancia y empieza a configurarse lo que sería una teoría de la interpretación constitucional. ¿Quiere decir esto que en la actualidad, iniciado ya el siglo XXI, se le otorga la debida importancia al estudio de la interpretación constitucional y existe claridad sobre ella? No necesariamente. Aun hoy en muchos países: *Uno de los temas quizás menos estudiados por quienes se dedican al derecho público, es el de la interpretación de la Constitución. Es una materia que casi no se menciona en los cursos regulares de derecho constitucional.*²

En Ecuador ha ocurrido y ocurre igual. La mayor parte de quienes han teorizado sobre el Derecho Constitucional tampoco ha reservado un espacio adecuado para el tratamiento de la interpretación de la Constitución y, como nos dice el doctor Pérez Loose, la singularidad del tema *no ha sido lo suficientemente apreciada por los operadores jurídicos, incluyendo al Tribunal Constitucional.*³ Esto, como es fácil deducir, ha traído negativas consecuencias para la práctica y el desarrollo del Derecho, sobre todo en el campo del control de la constitucionalidad, máxime cuando: *El problema de la interpretación constitucional es la esencia del control constitucional.*⁴ En efecto, la expulsión del ordenamiento jurídico de una ley o una norma de inferior jerarquía, producto del control constitucional, depende de la interpretación de dicha ley o norma inferior según la Constitución y, en último término, de la interpretación de la propia Constitución.⁵

Este artículo constituye una aproximación a la interpretación constitucional, mediante la cual se pretende si no aclarar al menos apuntar –tal como señala su título– algunos elementos que deben ser tomados en cuenta al momento de enfrentar esta delicada y fundamental tarea.

¿Qué tiene de especial la interpretación constitucional?

Se mencionó que la doctrina jurídica sobre la interpretación de la Constitución estuvo ausente por mucho tiempo. Parece razonable que empecemos por explicar brevemente este punto.

Al ser la Constitución un instrumento indiscutiblemente político (téngase en cuenta su propia denominación: Constitución Política del Estado), en el pasado se consideró que su interpretación sólo podía tener ese mismo carácter. El único intérprete de la Constitución era el Parlamento y, siendo así, su interpretación no podía ser sino política; no había cabida, por lo tanto, para consideraciones y teorías jurídicas al respecto. La Constitución estaba, como anota Pérez Royo, *fuera del mundo del Derecho.*⁶ Es con la aparición de los tribunales constitucionales, como órganos independientes de los tres poderes tradicionales del Estado, a cargo del control de la constitucionalidad, que la necesidad de un desarrollo jurídico frente al tema de la interpretación empieza a hacerse patente. Coadyuvan a ello también el posicionamiento de la Constitución como norma jurídica de aplicación inmediata y la obligación de los jueces de ejercer el llamado control difuso de constitucionalidad.

Pero, si bien con el tiempo se fue asentando la idea de que la interpretación de la Constitución necesita fundamentos jurídicos y no sólo políticos, el desarrollo de una teoría jurídica sobre la interpretación constitucional ha tenido que enfrentar un escollo adicional: la difundida tendencia a extender las reglas generales de la hermenéutica jurídica al campo constitucional. Es decir, tal como ocurre con las demás ramas del Derecho, simplemente se ha buscado incorporar al Derecho Constitucional las reglas y los principios de interpretación propios de la ley. Dice Pérez Loose sobre el caso ecuatoriano: *En materia de interpretación constitucional, la tendencia en muchas partes, como en nuestro país, ha sido la de adoptar las técnicas y cánones aceptados en otros campos del derecho. El desarrollo de una metodología hermenéutica propia del derecho constitucional es casi inexistente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal (Constitucional).*⁷ En ese mismo sentido, podría hablarse de la recurrente aplicación de las reglas para interpretar la ley, contenidas en el artículo 18 del Código Civil, a la hora de interpretar la Constitución.

En definitiva, se desconoce que la interpretación constitucional no es —no puede ser— igual a la interpretación legal. Ocho serían, según la profesora Freixes Sanjuán, las diferencias entre una y otra, a saber:

- I La interpretación constitucional evita frecuentemente el desencadenamiento de un proceso de reforma de la Constitución;
- II La interpretación de la Constitución cumple funciones de orientación y control;
- III El carácter vinculante propio de la interpretación constitucional;
- IV La vinculación de los aplicadores del Derecho a la interpretación constitucional;
- V El contenido político que tiene la interpretación constitucional;
- VI El carácter integrador de la Constitución y el contenido axiológico de sus normas;
- VII El carácter cualificado del Tribunal Constitucional como intérprete de la Constitución; y,
- VIII Frente a la Constitución existe un mayor número de opciones interpretativas.⁸

Otros autores sostienen que para marcar la diferencia entre las interpretaciones legal y constitucional basta con tomar en cuenta los siguientes tres criterios: objetivo, subjetivo y teleológico. Desde el punto de vista objetivo, se debe reconocer que la Constitución, en cuanto norma, es distinta a la Ley. *La Ley existe en forma de múltiples leyes, que son expresión de la regularidad de los comportamientos de los individuos en las más diversas esferas de la vida social y que tienen una estructura material normativa caracterizada por la fijación de un presupuesto de hecho hipotético al que se anudan consecuencias jurídicas.*⁹ La Constitución, por el contrario, es única, no expresa regularidad alguna de comportamientos individuales, sino más bien marca el cauce para que la sociedad se autodirija políticamente con un mínimo de seguridad, y reconoce un esquema de derechos y libertades básicos, a la vez que establece órganos y procedimientos dirigidos a su cumplimiento.¹⁰ Además, tomando en cuenta ahora al sujeto, la Constitución tiene dos intérpretes privilegiados: el Parlamento y el Tribunal Constitucional. El primero, por ser la expresión de la voluntad soberana del pueblo, es el intérprete auténtico de la Constitución y su interpretación es política. El segundo realiza una interpretación jurídica, determinando si la interpretación del legislador superó o no los límites que le impone la propia Constitución (más adelante desarrollaremos este punto). Por último, desde una perspectiva teleológica, se puede decir que la interpretación de la Ley busca, fundamentalmente, determinar el sentido de una norma para, aplicándola a un caso concreto, lograr la solución jurídica más adecuada. La finalidad de la interpretación constitucional es defender la propia Constitución, esto es, precautelar el acuerdo político contenido ella.¹¹

La Constitución, entonces, debido a su particularidad, requiere de una hermenéutica igualmente particular. ¿Significa esto que las reglas generales para la interpretación jurídica son por completo inútiles en el ámbito constitucional? No. Las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica, aquellas propuestas por Savigny (gramatical, sistemática, lógica e histórica), pueden resultar útiles, incluso necesarias, pero son insuficientes frente a la complejidad que en-

traña la Constitución. A lo sumo, pueden constituirse en orientaciones iniciales, tal como afirma Hoyos: *Los métodos de interpretación jurídica señalados en el título preliminar del Código Civil no vinculan al juez constitucional, aunque sí pueden servirle de guía inicial.*¹²

¿Existen reglas para interpretar la Constitución?

Siguiendo al profesor Zagrebelsky, podríamos afirmar que *no existe, ni en la literatura jurídica, ni en la jurisprudencia, una teoría de los métodos de interpretación constitucional que afirme la posibilidad y la necesidad de la adopción de un método preestablecido o de un orden metodológico definido.*¹³ En efecto, *strictu sensu*, no existen métodos ni reglas generalmente aceptadas de interpretación para la Constitución. Más bien se ha concluido que, vistas las especiales características de las normas constitucionales que, en general, son esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, su interpretación se adecúa más a principios que a reglas.¹⁴ ¿Cuáles son, entonces, esos principios que deben orientar al intérprete constitucional? Antes de examinar algunos de ellos, puede resultar ilustrativo revisar brevemente lo que anota Néstor Sagüés sobre lo que serían áreas *pacificadas* y áreas *todavía en conflicto* en materia de interpretación constitucional.

Para el citado autor argentino, un conflicto superado sería el que existió entre las doctrinas de interpretación sistemática y asistemática, resultando vencedora la primera. No estaría más en discusión el hecho de que las normas de la Constitución deben interpretarse coordinadamente, como un todo orgánico, jamás de manera aislada. Otro conflicto superado se referiría al que enfrentó a la doctrina de interpretación histórica y a la de interpretación literal. Para Sagüés, si bien las palabras de la Constitución cuentan, no es admisible que el intérprete se aferre ciegamente a ellas y desconozca su espíritu, es decir, la intención del constituyente o del legislador. Así, cabrían las interpretaciones extensivas y restrictivas, de acuerdo a las necesidades que surgieran de ampliar o reducir el sentido del texto constitucional para hacerlo coincidir con el espíritu de su autor. Para hallar dicho espíritu, habría que recurrir a las exposiciones de motivos, a los debates, y a los informes de las comisiones del órgano creador de la norma constitucional, siendo ésta una tarea nada sencilla.¹⁵ La última área *pacificada* sería aquella donde antes hubo un conflicto entre las interpretaciones estática y dinámica. En palabras del propio Sagüés: *Puede llamarse estática a aquella exégesis de la constitución que, al extremar la interpretación histórica, actúa 'mirando hacia atrás', entiendo las lagunas o silencios constitucionales como prohibiciones, y se resiste a incorporar como derecho válido aquellas normas de derecho constitucional consuetudinario elaboradas desde la realidad constitucional.*¹⁶ La interpretación de la Constitución, al contrario, debe ser evolutiva o adaptativa frente a las nuevas realidades. Esta última es la tesis de la doctrina de la interpretación dinámica.

Dos serían, en cambio, las áreas de conflicto aún pendiente o de asuntos no dilucidados en lo que a la hermenéutica constitucional se refiere. La primera hace relación a la doctrina de la interpretación mutativa, entendiéndose por ésta la que extrema la interpretación dinámica, llevando al

intérprete más allá de lo que señala la Constitución. La interpretación mutativa -según los términos empleados por el autor cuya argumentación estamos siguiendo- puede ser *proeter constitutionem*, cuando complementa y desarrolla el texto constitucional, o *contra constitutionem*, cuando se opone al texto de la Constitución, ya sea porque agrega algo, falseando el precepto en cuestión; porque sustrae algo expresamente consignado en el texto; o porque hace ambas cosas, es decir, sustrae algo y lo reemplaza por otra cosa. Sagiés se manifiesta a favor de la mutación *proeter constitutionem*, porque a su juicio *moderniza* la Constitución sin alterar la letra o la voluntad del constituyente. En cuanto a la interpretación *contra constitutionem*, este autor nos dice que, en los casos que se pretende alterar de algún modo el texto y el espíritu de la Constitución, lo honesto sería recurrir a la reforma constitucional. Deja a salvo, sin embargo, la interpretación mutativa *contra constitutionem* exclusivamente para los casos de *imposibilidad material o racional de cumplimiento de la constitución*, o para cuando el derecho de necesidad *supraconstitucional* legitime superar el principio de supremacía de la constitución.¹⁷ Esto último se daría si de por medio estaría la supervivencia del sistema político y del propio Estado.¹⁸

La segunda área conflictiva se refiere a la llamada interpretación previsorora. Las siguientes palabras de Monroy Cabra nos ayudan a identificar una de las tesis en disputa: *La interpretación constitucional debe tener presentes las consecuencias que se pueden producir por la decisión, para lo cual no hay que olvidar el bien común y el interés general.*¹⁹ Para Sagiés, guiado por una interpretación previsorora el intérprete constitucional podría, en unos casos, optar por la interpretación más útil, midiendo las consecuencias de todas las posibles; o, en casos extremos, inaplicar la norma constitucional porque de lo contrario podría provocarse una grave conmoción social, política o económica. Para ejemplificar, el autor cita el caso de un tribunal estadounidense que se negó a declarar la inconstitucional de un impuesto, pese a entender que contravenía a la Constitución estadual, ya que si lo hacía podía producir un caos social y económico, tomando en cuenta que importantes programas del Estado se financiaban con dicho impuesto.²⁰ En contra de lo señalado, hay quienes anotan que la interpretación de la Constitución no puede salirse del campo netamente jurídico, sean cuales fueren las consecuencias de ésta.

A propósito del tema, Arturo Hoyos, citando la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, dice: *La Constitución no es un pacto suicida sino, por el contrario un pacto que hace posible la convivencia social y, por ello, la interpretación constitucional para mantener vigencia y utilidad social debe permitir la supervivencia y la prosperidad de la sociedad.*²¹ En ese mismo sentido, Zagrebelsky advierte que la función del Tribunal Constitucional *no es la de introducir nuevas dificultades en el sistema político-institucional, económico y social, sino la de allanar las existentes. La justicia constitucional debe facilitar, no obstaculizar.*²² Pérez Royo, por su parte, sentencia: *La Constitución no puede ser un obstáculo insoportable para el proceso político a través del cual la sociedad se autodirige.*²³

Restan por revisar algunos de los principios para guiar la interpretación constitucional que se han ido definiendo en la doctrina y la jurisprudencia internacional. A continuación se repasa los cinco más difundidos.²⁴

- I Principio de la unidad de la Constitución. Las normas constitucionales deben ser correlacionadas y coordinadas unas con otras. La Constitución debe interpretarse de modo integral. Recuérdese la doctrina de interpretación sistemática.
- II Principio de concordancia práctica. *Hay que interpretar la Constitución de manera que no se produzca el 'sacrificio' de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor.*²⁵ Debe buscarse la coherencia de las normas, evitándose las contradicciones. Ahora bien, es preciso mencionar un hecho de mucha relevancia a la hora de hablar de coherencia; nos lo recuerda Carlos Niño: *Las constituciones son generalmente el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones entre distintas disposiciones.*²⁶ Esto sin duda hace más complejo al proceso de hermenéutica constitucional, porque hay que obtener equilibrios muchas veces difíciles; pero, al mismo tiempo, y es fundamental reconocerlo: *hace que la Constitución no sea obstáculo para la obra de gobiernos democráticos de diferentes tendencias.*²⁷ Como se ve, el principio es válido, aun reconociendo que la Constitución no es- nunca debería ser- de un solo signo.
- III Principio de la eficacia integradora. La interpretación debe buscar el asegurar el mantenimiento de la unidad política, del acuerdo consignado en la Constitución.
- IV Principio de corrección funcional. La interpretación no debe alterar el esquema de división de poderes y funciones establecido en la parte orgánica de la Constitución.
- V Principio de eficacia o efectividad. La interpretación debe ser tal que se maximice la eficacia y plena vigencia de las normas constitucionales, sobre todo aquellas referidas a los derechos y garantías fundamentales de las personas.²⁸

El método típico de interpretación constitucional

Si bien, como se anotó anteriormente, no existe un método universalmente aceptado para la interpretación constitucional, no por ello hay que desconocer que existen interesantes propuestas. A una de ellas se la ha denominado método típico. ¿En qué consiste? Pues, quisiéramos terminar este artículo contestando brevísimamente esa pregunta.

Básicamente, el método típico es una interpretación de límites. Parte de la idea de que la Constitución recoge los límites extremos que se autoimpone la sociedad, límites que es preciso analizar si fueron sobrepasados por el legislador al momento de dar respuesta a las necesidades sociales a través de la creación de derecho. *El legislador crea derecho a partir de la Constitución y con el límite que la Constitución supone.*²⁹ El Tribunal Constitucional determina si los límites considerados por el legislador son aquellos efectivamente establecidos en la Constitución. El legislador interpreta la Constitución desde una perspectiva política, enfocada a la solución de los problemas sociales que tiene que atender; el Tribunal Constitucional, en cambio, con mirada jurídica, persigue que la forma de atender esos problemas se enmarque en los límites de la Constitución. Sólo cuando, mediante una interpretación sistemática, dinámica, teleológica (si se quiere, previsorora) y que respete los principios anotados, no haya manera de enmarcar las decisiones del le-

gislador dentro de los límites extremos de la Constitución, habría lugar para una declaratoria de inconstitucionalidad.

Como expresa de manera cristalina Pérez Royo, entre las interpretaciones política y jurídica tiene que existir una conexión. *El legislador tiene que autolimitarse al dictar la ley, ya que su interpretación política debe ser jurídicamente correcta. Pero el Tribunal Constitucional debe autolimi-*

*tarse en su revisión de la interpretación del legislador, ya que su interpretación jurídica no debe reducir indebidamente el margen de la interpretación política de aquél. Si el Tribunal Constitucional no se autolimitara en su interpretación de la Constitución, su actuación conduciría inevitablemente al bloqueo del sistema político, dejando sin respuesta a los problemas de la sociedad.*³⁰

Bibliografía

- García, Enrique A., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Temis, Bogotá, 1998.
- Huerta, Luis A., *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*, en: Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación de la Constitución. (ensayos y jurisprudencia)*, CIEDLA, Serie Lecturas Constitucionales No.13, Lima, 1997.
- Monroy-Cabra, Marco, *La interpretación constitucional*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002.
- Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ASTREA, Buenos Aires, 1992.
- Pérez-Loose, Hernán, *Inconstitucionalidad de leyes*, en: *Guía de litigio constitucional*, Tomo II, CLD, Quito, 2001.
- Pérez-Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 7ma edición, Madrid, 2000.
- Sagüés, Néstor P., *La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional*, en *Anuario Jurídico*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1996.
- Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomos 1 y 2, ASTREA, Buenos Aires, 1999.

Notas

1. Pérez-Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 7ma. edición, Madrid, 2000, pág. 133.
2. Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Temis, Bogotá, 1998, p.1.
3. Pérez-Loose, Hernán, *Inconstitucionalidad de leyes*, en: *Guía de litigio constitucional*, Tomo II, CLD, Quito, 2001, pág. 215.
4. Monroy-Cabra, Marco, *La interpretación constitucional*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, pág. 16.
5. Cf. Huerta, Luis A., *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*, en: Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación de la Constitución. (ensayos y jurisprudencia)*, CIEDLA, Serie Lecturas Constitucionales No.13, Lima, 1997, pág. 26.
6. Pérez-Royo, Op.Cit, pág. 134.
7. Pérez-Loose, Op.Cit, pág. 215.
8. Cf. Freixes-Sanjuán, Teresa, *Una aproximación al método de interpretación constitucional en Cuadernos de la Cátedra Fadrique Ceriol*, U. De Valencia, 1993, citada por Monroy-Cabra, Marco, Op.Cit., pág. 72.
9. Pérez-Royo, Op.Cit., pág. 137.
10. Cf. Idem.
11. Cf. Huerta, Luis, Op.Cit., pág. 24 y 25; Pérez-Royo, Javier, Op.Cit., pág.138ss; Hoyos, Arturo, Op.Cit., pág. 5.
12. Hoyos, Arturo, Op.Cit., pág. 15.
13. Zagrebelsky, Gustavo, *La Justicia Constitucional*, Ed. Mulino, Bolonia, 1988, citado por Hoyos, Arturo, Op.Cit., pág. 14.

Notas

14. Prieto-Sanchís, Luis, *Notas sobre la interpretación constitucional*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No.9, Madrid, 1991, p.175, citado por Monroy-Cabra, Marco, Op.Cit., pág. 13.
 15. *Reconstruir una intención en un cuerpo colegiado es especialmente difícil: los que votaron por la iniciativa pueden haber tenido intenciones muy diferentes, algunas no expresadas; más aún, entre las intenciones expresadas a favor de la misma norma puede haber contenidos contradictorios. De más está decir que la reconstrucción de la intención subyacente a textos sancionados por órganos colegiados y plurales implica una completa idealización que es también el resultado de una serie de valoraciones.* Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ASTREA, Buenos Aires, 1998, pág. 87.
 16. Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, ASTREA, Buenos Aires, 1999, pág. 69.
 17. *Ibidem*, pág. 70.
 18. Cf. *Ibidem*, Tomo I, pág. 39ss, y Tomo II, pág. 233ss.
 19. Monroy-Cabra, Marco, Op.Cit., pág. 91.
 20. Sagüés, Néstor P., *La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional*, en *Anuario Jurídico*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1996, pág. 35.
 21. Murphy, Walter, et. Al., *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, New York, 1986, p. 295, citados por Hoyos, Arturo, Op.Cit., pág. 31-32.
 22. Zagrebelsky, Gustavo, *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*, en *División de Poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 176, citado por Monroy-Cabra, Op.Cit., pág.89.
 23. Pérez-Royo, Javier, Op.Cit., pág.147.
 24. Se ha seguido fundamentalmente el esquema propuesto por Huerta, Luis, Op.Cit., pág. 40 ss, que en poco difiere del de Pérez-Royo, Op.Cit., pág. 150.
 25. Pérez-Royo, Op.Cit., pág. 150.
 26. Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ASTREA, Buenos Aires, 1998, pág. 89.
 27. *Idem*.
 28. El artículo 18 de la Constitución Política del Ecuador proclama este principio de eficacia para la interpretación de los derechos humanos.
 29. Pérez-Royo, Javier, Op.Cit., pág.147.
 30. *Ibidem*, pág. 149.
-

Rafael Oyarte Martínez

Objeciones presidenciales

I. Introducción

Desde el nacimiento del Ecuador como Estado, en virtud de la Constitución de 1830, se adoptó el sistema de gobierno republicano presidencialista, el mismo que se ha desarrollado en el transcurso de las diecisiete constituciones que han regido los destinos del país,¹ sin contar con la Carta no promulgada en 1938 por don Aurelio Mosquera Narváez, a la sazón Presidente de la República elegido por la misma Asamblea Constituyente que elaboró el texto constitucional reseñado. Tal vez la Carta Fundamental que un tanto se aparta del sistema es la de 1929, sin embargo de lo cual el régimen no dejó de ser presidencialista.

En Ecuador, por tanto, el Poder Ejecutivo se concentra en la figura del Presidente de la República, que asume el papel dual de jefe de Estado y jefe de Gobierno y, por tanto, tiene a su cargo, valga la redundancia, tanto el gobierno y la administración del Estado, como su representación,² siguiendo, de modo general, el esquema presidencialista implantado por los constituyentes de Filadelfia al redactar la Constitución de los Estados Unidos de 1776, la que sigue en vigencia con veintiséis enmiendas.³

Al ser el Presidente de la República el titular único del Ejecutivo, es éste dignatario quien tiene todo el poder de decisión política dentro de dicha función del Estado, mas, en la actualidad, las facultades del Primer Mandatario superan en mucho las de la mera administración y gobierno del Estado, pues posee otras de importancia como, por ejemplo, en materia judicial, a través de la potestad de conceder indultos por delitos comunes y también en materia legislativa, como se revisa a continuación.

Las atribuciones en materia legislativa han llevado a señalar a Presidente de la República como un colegislador, al tener la facultad de iniciar proyectos de ley, con exclusividad en algunas materias,⁴ y de reforma constitucional, de calificar de urgentes los proyectos de ley que sobre materia económica ha iniciado y, finalmente, la potestad de sancionar u objetar los proyectos de ley aprobados por el Congreso Nacional.

Sobre la facultad de veto, la Constitución ecuatoriana ha traído importantes variantes a partir, especialmente, de la reforma aprobada y codificada en 1998, las que, además, han generado una serie de problemas de carácter jurídico, y que han motivado, en algunos casos, la determinación de decisiones por parte del Tribunal Constitucional a través de resoluciones en diversas materias, como la acción de inconstitucionalidad sobre la modificación del porcentaje del impuesto al valor agregado y los dictámenes previos respecto de las objeciones que, por inconstitucionalidad, formulara el Presidente de la República contra los proyectos de Ley de Educación Superior y de Ley de Seguridad Social.

En este ensayo se analizará tanto el tema de las objeciones presidenciales de carácter general, esto es las motivadas en la conveniencia u oportunidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, como el relativo a las objeciones por inconstitucionalidad. Se hace presente que, en cada caso, el veto puede ser parcial o total y sus consecuencias jurídicas son distintas.

II. La facultad de objeción

En los sistemas presidencialistas se ha previsto, de modo general, la potestad del Ejecutivo de vetar los proyectos de ley aprobados por la Legislatura, tal como apareciera en la Constitución de los Estados Unidos de América, en el apartado 2 de la sección séptima de su artículo 1. Esta posibilidad no se prevé, de modo general, en los sistemas parlamentaristas, en los que el jefe de gobierno no pasa de tener iniciativa legislativa y el jefe de Estado, si bien es el encargado de sancionar la ley aprobada por el parlamento, no puede oponerse a ella a través del veto.⁵

La facultad de veto es una fórmula para equilibrar los poderes del Estado en un sistema presidencialista, limitando su ejercicio a través de una especie de control interorgánico: así, en la generalidad de presidencialismos, mientras por una parte la Legislatura tiene funciones de control respecto de los actos del Gobierno, en nuestro Derecho a través de la información documentaria y el juicio político,⁶ el Presidente de la República controla la actividad legislativa a través del ejercicio de su potestad de objeción.⁷

En la normatividad ecuatoriana, y en algunos casos de legislaciones comparadas, se distinguen las objeciones tanto de modo cualitativo como de forma cuantitativa. Cualitativamente, el artículo 153 del texto constitucional ecuatoriano prevé dos clases de objeciones: las motivadas en la inconveniencia del proyecto y las que se originan en cuestiones de constitucionalidad del mismo. Cuantitativamente se distinguen los vetos totales de los vetos parciales. Se hace presente que, en el caso de los Estados Unidos, solo se prevé el veto total, sin distinguir la materia o motivo de la objeción, mas no el veto parcial.

Donde la normatividad ecuatoriana no realiza distinción es en el plazo para objetar: diez días desde que el Primer Mandatario recibió el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional. La consecuencia jurídica de no objetar el proyecto de ley dentro del plazo señalado es la publicación del texto en el Registro Oficial, o lo que se denomina como sanción tácita. El señalado plazo de diez días sin distinción viene desde la Constitución de 1945, el que fue retomado en las Cartas de 1946, 1969 y en la de 1978-79 en todas sus modificaciones.

En Constituciones ecuatorianas pretéritas, a diferencia de la vigente, se realizaban distinciones en relación al plazo que se le otorgaba al Presidente de la República para sancionar u objetar los proyectos de ley. Así, en las Constituciones de 1843, 1845, 1852, 1861, 1878, 1884 y 1897, se señalaban nueve días para los proyectos en general y tres días para los urgentes. La Carta de 1851 dispuso cuatro días para los urgentes y doce para los demás, el Código Político de 1906 indicó tres y seis días, en cada caso, y el de 1929, cinco y diez días, respectivamente.

La Constitución colombiana plantea una situación interesante al diferenciar el plazo de objeción con consideraciones netamente cuantitativas, a partir de la cantidad de artículos que integran el proyecto de ley aprobado por las cámaras, dándole al Gobierno seis días para objetar cuando el proyecto no conste de más de veinte artículos, diez días si consta de veintiuno a cincuenta artículos y hasta veinte días si tiene más de cincuenta.⁸

Se ha hecho presente que en Ecuador, si bien existe un plazo para objetar, no existe plazo para remitir el texto proyectado al Registro Oficial, sea que haya sido sancionado por el jefe del Estado o que no haya sido objetado. Como lo señalara el profesor Hernán Salgado desde hace ya bastante tiempo, con ello se puede truncar el procedimiento de formación de la ley con la sola omisión del Presidente de la República de disponer la publicación respectiva, lo que no ha sido corregido con las múltiples reformas que ha sufrido el texto constitucional.

Vale recordar que, en este sentido, la Constitución de 1945 disponía que el Presidente de la República debía promulgar las leyes dentro de los diez días siguientes al de su sanción, determinando que si no lo hacía en ese plazo, la promulgación la efectuaría la Comisión Legislativa Permanente,⁹ órgano facultado para elaborar proyectos de ley, codificar y editar leyes, dictar decretos leyes de carácter económico en situaciones de urgencia en las que el Congreso no estuviere reunido, entre las más importantes.¹⁰ Similar disposición se contenía en la Carta de 1946, aunque el plazo se extiende a quince días y, en caso de omisión presidencial, se faculta la promulgación de la ley al Consejo de Estado.¹¹

En el Derecho comparado, en la actualidad, se presenta el caso boliviano cuya Constitución prevé que si, en el término de diez días desde su recepción, el Presidente de la República no veta o promulga el proyecto de ley, corresponde la promulgación al Presidente del Congreso,¹² al igual que se dispone en la Constitución colombiana.¹³

En nuestro caso, existe una norma similar a la boliviana contenida en el Reglamento Interno de la Función Legislativa, de dudosa aplicación, que dispone que si, transcurrido el plazo constitucional, el Presidente de la República no sancionare u objetare el proyecto de ley aprobado por la Legislatura, el Presidente del Congreso Nacional ordenará su inmediata promulgación en el Registro Oficial.¹⁴

Una condición que precisa el Código Político es que toda objeción sea fundamentada, esto es, que el Presidente de la República explique a la Legislatura las razones específicas por las que veta un proyecto de ley aprobado, sea que se motive en su inconveniencia o bien en cuestiones de constitucionalidad.

Ahora bien, se ha hecho presente una tendencia hacia una práctica irregular que consiste en retirar objeciones, lo

que no se encuentra previsto en la Constitución, la Ley Orgánica de la Función Legislativa ni en el Reglamento Interno de la Función Legislativa. Este tipo de propuestas, estimo, son contradictorias con el principio de Derecho Público que señala que las autoridades no pueden ejercer sino las facultades que expresamente les confiera el ordenamiento jurídico positivo, siéndoles ilícito extralimitar sus potestades o realizar interpretaciones extensivas sobre las normas que les confieren atribuciones, principio positivizado en el artículo 119 de la Constitución.

De guisa tal, no se ha previsto en nuestro Derecho ni el retiro de objeciones ni su modificación, peor aún fuera del plazo constitucional de diez días de recibido el proyecto. Se podría considerar que la modificación de una objeción total por una parcial, por ejemplo, no estaría vedada desde que la segunda se encontraba inmersa en la primera, mas ocurre que la finalidad de una objeción total es distinta, cualitativamente, de un veto parcial, por lo que el tema va más allá de lo cuantitativo y, en determinados casos, lo excluye, como se revisa en el cuerpo de este ensayo.

Donde no existe dificultad es en enviar en fecha distinta las objeciones generales de las motivadas en la inconstitucionalidad del proyecto, lo que, como se verá, acarrea también una serie de dificultades de orden jurídico y también práctico.

III. Las objeciones generales

Estas objeciones se fundamentan en razones de oportunidad o conveniencia, es decir, se veta el contenido mismo de la ley proyectada, sin necesidad de confrontarla con textos normativos vigentes, como se exige en una objeción por inconstitucionalidad.

1. La materia de la objeción

El Congreso Nacional, de conformidad con el artículo 152 de la Constitución, puede aprobar, modificar o *negar* los proyectos de ley sometidos a su consideración. El inciso primero del artículo 153 del Código Político señala que *Aprobado el proyecto, el Congreso lo enviará inmediatamente al Presidente de la República para que lo sancione u objete*.

Este fue uno de los puntos que el Tribunal Constitucional decidió respecto de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la publicación que el Presidente de la República dispusiera de parte de la Ley de Reforma Tributaria, respecto de la elevación del impuesto al valor agregado del doce al catorce por ciento.

El Tribunal Constitucional estimó, en votación dividida, que el Presidente de la República no puede objetar un texto no aprobado por el Congreso, entendiendo que si la Legislatura ha negado parte del proyecto de ley éste no puede ser agregado nuevamente por el jefe del Gobierno mediante un veto parcial.

Estimo que la facultad de veto parcial del Presidente de la República no se debe limitar a la mera eliminación o modificación de partes del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional.

Si el Presidente de la República remite un texto alternativo, como es su obligación constitucional en caso de veto parcial, éste no se puede restringir a la corrección de falen-

cias, contradicciones o inconveniencias contenidas en el texto aprobado por la Legislatura. Considero que si el jefe de Estado estima que el proyecto de ley omite la regulación de materias conexas al proyecto, y que deban ser incluidas en éste, aquéllas deben ser agregadas al cuerpo proyectado a través de la proposición del correspondiente texto alternativo, pues, en caso contrario, la potestad de objeción o bien queda trunca, al no poder perfeccionar el proyecto de ley, como se pretende en la Constitución, sino que nos llevaría al extremo de obligar, eventualmente, a que el Presidente de la República objete totalmente el proyecto, salvo que estime que puede corregirlo remitiendo un proyecto de ley reformatorio al Congreso Nacional que incluya las materias omitidas.

De este modo, incluso si el Congreso Nacional niega parte del proyecto, estimo que el Presidente de la República puede insistir en el asunto a través del texto alternativo correspondiente al veto parcial, especialmente si la parte negada es fundamental dentro del proyecto. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha negado la posibilidad de insistir por la vía del veto parcial respecto de temas previamente negados por la Legislatura.¹⁵

2. Objeción parcial

El veto parcial, regulado en el inciso cuarto del artículo 153 de la Constitución, generalmente procede cuando el Presidente de la República estima que parte del proyecto de ley debe ser corregido -sea modificando, suprimiendo o agregando textos (salvo el caso de negativa ya señalado)-, sin oponerse a la idea de legislar sobre la materia. En dicho entendido, la objeción parcial puede referirse a uno, algunos o todos los artículos del proyecto de ley.

En esta clase de objeciones, además de fundamentarse el veto, el jefe del Estado debe remitir el texto alternativo al Congreso Nacional, pues a base de éste la Legislatura tomará su determinación a través de dos opciones: el allanamiento o la ratificación.

El allanamiento implica que el Congreso Nacional se somete a la objeción presidencial y, por tanto, al texto alternativo que ha remitido, incorporándolo al proyecto, para lo cual se exige el voto conforme de la mayoría de asistentes a la sesión, lo que configura la mayoría simple o quórum no calificado. Se hace presente que en todas las votaciones que se realicen en el Congreso para decidir la suerte de una objeción presidencial se requiere el quórum mínimo de reunión de la mitad de integrantes de la Legislatura.

Por el contrario, el Congreso puede oponerse a la objeción presidencial insistiendo en el texto originalmente aprobado a través de la ratificación aprobada por las dos terceras partes del total de congresistas. Este quórum de aprobación suena bastante elevado si se estima que el Presidente de la República no se opone a la idea de legislar sobre la materia, como ocurre en el veto total, sino que objeta el contenido de parte del texto proyectado y propone su criterio a través del texto alternativo.

Si a lo dicho se suma que el Congreso Nacional tiene sólo dos opciones: o se allana al texto alternativo propuesto por el jefe del Estado mediante la objeción o bien insiste en el texto originalmente aprobado con las dos terceras partes del to-

tal, sin que quepa la posibilidad de modificar los textos en el debate respectivo, ocurre que el Primer Mandatario llega a tener primacía respecto de la determinación del contenido de las leyes proyectadas.

En ambos casos, tanto de allanamiento como de ratificación, es el Congreso Nacional el que remite al Registro Oficial el texto normativo para su publicación. En este caso no se produce el mismo predicamento que puede ocurrir de que el Presidente de la República no remita al diario oficial el texto legal, pues la Legislatura solo cuenta con treinta días para considerar las objeciones, transcurridos los cuales se entiende que se ha allanado, como consecuencia jurídica prevista para el caso de omisión legislativa en el tratamiento de la objeción presidencial, y será el jefe del Estado quien mande a publicar el texto legal incorporando el texto alternativo con el que objetó el proyecto.

Si se da el caso de que se promulguen textos sobre los que el Congreso Nacional no se ha allanado, o bien que se modifiquen los textos alternativos propuestos por el Presidente de la República en caso de allanamiento, ora que la Legislatura disponga la publicación de textos sobre los que no se ratificó, existirá, en cualquiera de esos casos, inconstitucionalidad formal por la irregularidad constitucional al disponer la publicación de los textos.

En la reforma constitucional codificada en 1998 se incorporó una novedad que consiste en imponer un plazo para que el Congreso Nacional examine y considere una objeción presidencial.

Así, la Constitución señala que la objeción debe ser examinada en un plazo máximo de treinta días desde su recepción y que si no se la considerare en dicho plazo, se entenderá que la Legislatura se ha allanado a ésta indicando que el Presidente dispondrá su publicación en el Registro Oficial como ley. Es evidente que si, dentro de los treinta días, el Congreso toma una determinación, sea de allanamiento o de ratificación, no existirá ninguna dificultad jurídica, correspondiendo al órgano legislativo ordenar la publicación; así como tampoco en el evento que el Congreso Nacional no trate el asunto dentro de dicho plazo, en el cual se entiende el allanamiento de la Legislatura como consecuencia jurídica por el no examen de la objeción y atribuye al Presidente de la República disponer la promulgación de la ley.

El problema se presenta en el evento que el Congreso Nacional se encuentre tratando las objeciones y no logre tomar una decisión dentro del plazo constitucional, o, como en efecto ya ocurrió, que tratándose las objeciones dentro del plazo y habiéndose votado en el interior de la Legislatura las dos opciones, esto es, tanto por el allanamiento como por la ratificación, no se logren las mayorías requeridas para aprobar cualquiera de las mociones.

Este predicamento surge a la hora de definir el sentido y alcance de los términos *examinar* y *considerar*, lo que se agrava en tanto que ni la Ley Orgánica de la Función Legislativa ni el Reglamento Interno de la Función Legislativa regulan el trámite de las objeciones presidenciales, ocurriendo la curiosa circunstancia de que en Ecuador la Ley Orgánica que debe desarrollar esta materia tampoco lo hace respecto de la totalidad del procedimiento de formación de la ley, asunto difícilmente repetible en el Derecho comparado.

Las posiciones sobre la especie oscilaban desde quienes sostenían que bastaba con que el Congreso discuta la obje-

ción dentro del plazo para que se cumpla la disposición constitucional, en cambio, para otros, entre los que me sumo, la Legislatura debía votar sobre las opciones que tiene, mientras que los restantes señalaban que se debía tomar una decisión. Hasta la Resolución 126-2001-TP del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Reforma Tributaria, esas opciones jurídicamente eran estimadas como válidas para solucionar el predicamento.

Estimo que los términos examinar y considerar, que son sinónimos, no pueden interpretarse en el simple sentido de tratar en alguna sesión el asunto planteado, pues, en dicho evento, el plazo constitucional sería fácilmente vulnerado y la disposición del Código Político quedaría sin vigencia efectiva, lo que desentraña una interpretación literal absolutamente desencajada con el texto de la Constitución. Esta posición no fue alegada ni estimada por el Tribunal Constitucional en la Resolución sobre la Ley de Reforma Tributaria.

La segunda posición estima que los términos considerar y examinar deben interpretarse de un modo armónico con el texto constitucional que sólo prevé, en el caso de objeción parcial, dos posibilidades para que el Congreso Nacional obre: el allanamiento al texto alternativo presentado por el Presidente de la República o la insistencia o ratificación en el texto originalmente aprobado por la Legislatura. En este entendido, si dentro del plazo constitucional el Congreso Nacional no logra determinar si se allana a la objeción o si ratifica el texto originalmente aprobado, se produce la consecuencia jurídica del allanamiento tácito, como lo determina la parte final del inciso cuarto del artículo 153 del Código Político. En definitiva, para esta posición no basta el mero debate de la objeción presidencial sino la definición en sus opciones de allanamiento o ratificación, que son las *únicas alternativas que prevé la Constitución en caso de objeción parcial*,¹⁶ razón por la cual operaría el allanamiento tácito al veto presidencial.

El Tribunal Constitucional, por su parte, acoge la tesis que estima que *considerar* implica el deber del órgano legislativo no sólo de debatir la objeción presidencial sino de votarla en sus opciones de allanamiento o ratificación. A diferencia de la posición señalada de forma precedente, en este caso, si no se logra el quórum de aprobación de las dos terceras partes para la ratificación o insistencia y si no se logra la votación de la mayoría de los presentes en la sesión para el allanamiento, tal como aconteció en el tema del impuesto al valor agregado, no implica que no se lo haya considerado, porque la objeción sí fue juzgada, es decir, considerada o examinada. En estos casos, lo que corresponde es que se inicie nuevamente el proyecto de ley, si se pretende que la materia a legislar prospere.

Al efecto, se debe tener presente el canon de interpretación sistemática de la Constitución, al que el Tribunal Constitucional, y en especial la Primera Sala de esa Magistratura, hace continua referencia en sus fallos. Esta regla de interpretación señala que el texto constitucional es un todo orgánico, por lo que el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algunos de sus preceptos.

Por ello, interpretar la Constitución en el sentido que si se presenta el predicamento de que el Congreso Nacional, dentro del plazo constitucional de treinta días, vota tanto por

el allanamiento como por la ratificación, y no logra el quórum de aprobación de dichas mociones y se ha vencido el plazo señalado, se concluyera que el Congreso Nacional se ha allanado tácitamente a la objeción presidencial implicaría dejar sin vigencia efectiva o práctica la facultad legislativa de allanarse expresamente.

Dicho de otro modo, con la interpretación señalada el Congreso Nacional sólo estaría facultado para ratificar el proyecto originalmente aprobado, pues de lo contrario, al no obtener el quórum de las dos terceras partes para aprobar dicha moción, por el mero transcurso del tiempo se entendería que se ha allanado al veto, de lo que deriva que la norma constitucional que prevé el allanamiento expreso, a adoptarse con mayoría simple, no tiene ninguna utilidad práctica ni mayor relevancia jurídica, salvo la posibilidad de someterse a la objeción presidencial de manera anticipada al cumplimiento del plazo de treinta días.

Se hace presente, por ejemplo, que en el caso chileno cuando las dos cámaras del Congreso aprueban las observaciones presidenciales, el proyecto tiene fuerza de ley y se lo devuelve al jefe del Estado para su promulgación y si las dos cámaras desechan todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Primer Mandatario para que dicte el decreto promulgatorio.¹⁷ Como se observa, la Constitución chilena tampoco da solución al evento de que se vote tanto por el allanamiento como por la insistencia o ratificación y no se logre, en cada caso, el quórum mínimo de aprobación requerido. Mas ocurre que la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional desarrolla la norma constitucional y dispone que en caso de que las cámaras rechazaren todas o algunas de las observaciones formuladas a un proyecto de ley, y no reunieren quórum necesario para insistir en el proyecto aprobado por ellas, no habrá ley respecto de los puntos de discrepancia.¹⁸

En definitiva, estimo que si el Congreso Nacional no se allana o somete a la objeción presidencial por no reunir la votación mínima y tampoco insiste o ratifica el proyecto originalmente aprobado, habiéndose considerado las dos posibilidades dentro del plazo constitucional, se entiende que el proyecto de ley no ha prosperado en esa parte, es decir, no hay ley en el asunto en que no ha sido decidido o resuelto en favor de alguna de las posiciones o alternativas dentro del plazo por parte de la Legislatura.

3. Objeción total

En este evento, el Presidente de la República veta el texto de la ley desde la misma idea de legislar sobre la materia.¹⁹ Se hace presente que el hecho de objetar todo el articulado de un proyecto de ley no necesariamente implica que el veto sea total, pues su oposición puede deberse a asuntos que estima deben corregirse en el articulado, por lo que se veta parcialmente enviando los textos alternativos que correspondan según el parecer del jefe de Estado.

Es por ello que, en principio, no pareció del todo adecuado el veto total que el Presidente de la República realizó respecto de la llamada *Ley Trole III*, pues ésta fue iniciada por el mismo jefe de Estado. Si el Primer Mandatario estimaba, como declaró, que el Congreso Nacional había desvirtuado el contenido del proyecto con las modificaciones

nes que le introdujo, bien se pudo proceder a una objeción parcial, corrigiendo las deficiencias que estimaba se contenían en el proyecto remitiendo los textos alternativos, tal como se revisó.²⁰

Como se dijo, en los Estados Unidos esta clase de veto es el único previsto en la Constitución, no habiéndose querido entregar al Presidente de la República la posibilidad de vetar parcialmente, por estimar que aquello generaría demasiado poder en el jefe del Estado. Dicha observación se ha realizado en el sentido que el Presidente de los Estados Unidos deberá estar totalmente en contra de un proyecto para vetarlo, mas no puede incidir en la producción legislativa del Congreso a través de sus cámaras con la posibilidad de que éstas acojan sus criterios al momento de aprobar proyectos de ley.²¹

En Ecuador la objeción total debe ser expresa, a diferencia de los Estados Unidos donde, además del veto expreso, existe el denominado pocket veto o veto de bolsillo, que consiste en que cuando el Congreso ya no se encuentra reunido y el Presidente no firma o sanciona el texto aprobado por la Legislatura, sin que dé a conocer las razones de la negativa. Con ello, cuando el Congreso se vuelve a reunir debe retomar la votación del proyecto de ley. Se insiste que esta forma de vetar es imposible en Ecuador, pues el Presidente de la República debe remitir la objeción a la Legislatura, debidamente fundamentada, dentro del plazo constitucional, pues de lo contrario se debe publicar en el Registro Oficial, sin perjuicio de que se dé la práctica irregular de que no se envíe dicho texto al diario oficial, aprovechando el vacío constitucional en la materia.

Rechazado totalmente el proyecto de ley por parte del Primer Mandatario, la objeción opera como un veto suspensivo, pues la Legislatura no puede tratarlo sino un año después de vetado. Transcurrido dicho plazo, el Congreso Nacional tiene una opción única: ratificarlo, es decir, insistir en el proyecto originalmente aprobado, con el quórum calificado de las dos terceras partes del total de legisladores. Dicho quórum para aprobar la moción de ratificación es elevado no con la finalidad de hacer del Presidente de la República un órgano del poder a cuya decisión deba someterse el Congreso Nacional, sino en razón de hacer efectivo el control que realiza a la actividad legislativa por medio de su poder de veto.

A diferencia del veto parcial, en este evento no existe plazo para pronunciarse sobre las objeciones, pues el Presidente de la República ha manifestado una voluntad inequívoca: que el proyecto no sea ley. El único interesado, entonces, en que el proyecto entre en vigencia será el Congreso Nacional. En caso de mocionarse la insistencia y se logre la mayoría requerida del voto afirmativo de las dos terceras partes del total de congresistas, será el órgano legislativo el que remita el texto al Registro Oficial para su publicación. Ello es obvio, en tanto en cuanto si se requiriera una nueva sanción presidencial, lo natural sería que el titular del Ejecutivo lo vete nuevamente, además que se le quitaría eficacia al mecanismo de la insistencia parlamentaria.

IV. Objeciones por inconstitucionalidad

1. La materia de la objeción

Si la objeción se plantea por parte del Presidente de la República al estimar que el proyecto de ley aprobado por el

Congreso Nacional contraviene alguna disposición del Código Político, la objeción será por inconstitucionalidad y su trámite es distinto del planteado en la sección precedente.

La diferencia de tramitación de las objeciones por inconstitucionalidad es una de las incorporaciones de la reforma constitucional de 1996, pues desde el texto original de la Constitución de 1978-79 hasta la segunda codificación de 1993, no se hacía distinción entre la materia de la objeción, dándoseles, por tanto, el mismo tratamiento.²² Pero, la diferenciación de procedimiento entre objeciones generales y las motivadas en cuestiones de constitucionalidad no es una novedad del constituyente derivado en 1996, pues Constituciones pretéritas si previeron esa circunstancia, ya en la Carta de 1869, Constitución en la que se preveía que si el Ejecutivo sostenía que el proyecto era inconstitucional, luego de la insistencia de las Cámaras, éste pasaba a la Corte Suprema de Justicia, que se limitaba a declarar si era o no contrario a la Constitución y, en caso de no serlo, ordenaba la promulgación de la ley.²³ En estos casos, la objeción por cuestiones de constitucionalidad operaba únicamente de manera residual, por decirlo de algún modo, pues el titular del Ejecutivo debía haber vetado el proyecto de ley de manera previa y sólo en caso de insistencia parlamentaria podía, posteriormente, realizar observaciones por inconstitucionalidad.

Un tema que no ha sido objeto de debate es el hecho de si la objeción de inconstitucionalidad se puede plantear por cuestiones de fondo y forma. El asunto no se ha presentado, pues las únicas objeciones que se han planteado son de carácter netamente material, tanto respecto del proyecto de Ley de Educación Superior cuanto sobre el proyecto de Ley de Seguridad Social.

Una posición al respecto es determinar que, como en el texto constitucional no se realiza distinción alguna, el Presidente de la República podría objetar el proyecto por vicios de procedimiento. Otra posibilidad, que la considero también válida, es que las objeciones se refieren, siempre, al contenido del proyecto, tanto que si el Tribunal Constitucional estima inconstitucional el proyecto, la Legislatura debe enmendar dicho proyecto para remitirlo, nuevamente, a la sanción presidencial. Si la inconstitucionalidad es formal, entonces no procedería una enmienda al proyecto sino reiniciar su tramitación.

Ahora bien, esta posición trae su dificultad jurídica, la que consiste en que a futuro, eventualmente, se podría iniciar una acción de inconstitucionalidad formal de la ley, esto es, ejercer sobre ella control a posteriori, lo que implicaría que la ley, que contiene vicios de inconstitucionalidad formal, entró en vigencia y tuvo efectos jurídicos que no se afectarían por una declaratoria de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 278 del Código Político. Se debe tener presente que una de las ventajas del control preventivo de constitucionalidad es, precisamente, evitar que la ley proyectada tenga efectos jurídicos, virtud que se pierde al considerar que la objeción presidencial solo pueda ser material.

Finalmente, se debe hacer presente que al tratarse de una objeción de inconstitucionalidad no sólo no se hace necesario que el Primer Mandatario proponga textos alternativos, como ocurre con la objeción general parcial, sino que se tornaría improcedente.

Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en los casos relativos a las objeciones formuladas respecto de los proyectos de Ley de Educación Superior y Ley de Seguridad Social, en los que el Presidente de la República remitió textos alternativos a los objetados por razones de inconstitucionalidad, pues si se decide por parte de la Magistratura prevenir una inconstitucionalidad parcial, será el Congreso Nacional quien deba realizar y determinar la enmienda necesaria y, en el evento de remitirse textos alternativos, queda a discreción de la Legislatura adoptarlos o no. Esta situación se debe a que el Tribunal Constitucional solo puede analizar las objeciones cuyo fundamento se radique en la irregularidad constitucional y dar el correspondiente dictamen.

2. El trámite de la objeción por inconstitucionalidad

Si el Presidente de la República estima que el proyecto aprobado por el Congreso Nacional adolece de vicios de constitucionalidad, la objeción debe ser remitida al Tribunal Constitucional para su análisis.

El artículo 27 de la Ley del Control Constitucional faculta a que la Legislatura envíe al Tribunal Constitucional las objeciones que, motivadas en la inconstitucionalidad del proyecto, haya realizado el Presidente de la República, con el voto conforme de mayoría de sus integrantes.

Dicha norma legal se adecuaba a la anterior codificación constitucional de 1997, que señalaba que el Tribunal Constitucional, igual que en la actualidad, se encontraba facultado para resolver respecto de las objeciones de inconstitucionalidad que el jefe del Estado haya hecho en el procedimiento de formación de las leyes, pero que legitimaba al Congreso Nacional para presentar el requerimiento, previa resolución mayoritaria de sus miembros,²⁴ en un procedimiento que traía similitudes al actual sistema colombiano.²⁵

La vigente codificación constitucional, aprobada por la Asamblea Nacional luego de la reforma de 1998, legitima al Presidente de la República para enviar las objeciones al Tribunal Constitucional, quien debe realizar el dictamen previo de constitucionalidad del proyecto vetado. En principio parecería que la petición de dictamen al Tribunal Constitucional por parte del Primer Mandatario es facultativa, en tanto que el artículo 277, inciso segundo, textualmente señala que *El Presidente de la República pedirá el dictamen en este evento*. Pero, por otra parte, el artículo 154 de la Constitución señala, de forma imperativa, que *Si la objeción del Presidente de la República se fundamentare en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto, éste será enviado al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen dentro del plazo de treinta días*.

En el caso de la objeción presidencial al proyecto de Ley de Seguridad Social, existían algunas que se motivaban en razones de oportunidad o conveniencia, mientras otras, claramente, se fundamentaban en razones de constitucionalidad. El Presidente de la República remitió la totalidad de las objeciones al Congreso Nacional, con el texto alternativo correspondiente. El Congreso Nacional estimó que como algunas de las objeciones se fundamentaban en razones de inconstitucionalidad, no era competente para pronunciarse sobre ellas y las remitió al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen previo.

Frente a dicho predicamento se podía señalar que, en estricto sentido, la objeción por inconstitucionalidad no se había presentado, toda vez que el Presidente de la República no la remitió al Tribunal Constitucional dentro de los diez días siguientes desde que recibió el texto aprobado por el Congreso Nacional y que la Legislatura no estaba facultada ni para remitirlas al Tribunal y, evidentemente, tampoco para considerarlas o examinarlas. Esta situación si bien impedía efectuar control previo de constitucionalidad, no afectaba la interposición de una ulterior demanda de inconstitucionalidad por parte del mismo jefe de Estado.

El Tribunal Constitucional estimó que el control preventivo motivado por una objeción de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la República es, además, obligatorio, pues aquella Magistratura, en esos casos, debe dar el dictamen correspondiente de conformidad con el artículo 154 de la Constitución, sin que quepa discrecionalidad alguna por parte del Primer Mandatario, por lo que acogió el pedido de la Legislatura de analizar dichas objeciones.

La Constitución prevé un plazo de treinta días para que el Tribunal Constitucional emita el dictamen correspondiente aunque, en todo caso, no existe consecuencia jurídica por incumplirlo. El caso no es igual que en la objeción parcial general, pues en este caso, a diferencia del primero, no existe texto alternativo. Entonces, no se puede determinar que, cumplido el plazo para emitir el dictamen, el Tribunal Constitucional ha acogido, tácitamente, la objeción por inconstitucionalidad, o que, por el contrario, la haya desestimado.

La única consecuencia jurídica por el incumplimiento del plazo se preveía en el artículo 63 de la Ley del Control Constitucional, cuyo inciso primero establecía que de no emitirse la resolución en los plazos o términos señalados los vocales responsables perdían la competencia, que en este caso corresponde al Pleno del Tribunal, de conformidad con el artículo 62 del mismo cuerpo normativo. Si bien este tema no es el que corresponde al objeto de este ensayo, se debe hacer presente que dicha disposición fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.²⁶

3. El dictamen del Tribunal Constitucional

Frente a una objeción basada en la inconstitucionalidad total del proyecto de ley aprobado por el Congreso, el Tribunal Constitucional en su dictamen puede confirmar la irregularidad total del proyecto, determinar su inconstitucionalidad parcial, o bien desestimar la objeción.

En cambio, si el Presidente de la República señala que el proyecto es parcialmente inconstitucional el Tribunal se limitará a dictaminar sobre dichas objeciones, tal como lo ordena el artículo 276, número 4, de la Constitución, no pudiendo analizar otras partes del texto proyectado y que no han sido vetadas por razones de inconstitucionalidad, razón por la cual, ante una objeción parcial, el Tribunal Constitucional no podrá dictaminar una eventual inconstitucionalidad total. En definitiva, en caso de veto parcial por inconstitucionalidad, el Tribunal podrá confirmar todas o algunas de las objeciones, o bien desestimarlas todas.

Las consecuencias jurídicas del dictamen del Tribunal Constitucional variará si se determina que la inconstitucionalidad es total o parcial, ora si se determina que la irregularidad no se presenta.

En caso que el Tribunal Constitucional prevenga una inconstitucionalidad total del proyecto, éste se archivará. Se entiende que el archivo es definitivo, pues frente a esta prevención el Congreso Nacional no podrá modificarlo, es decir, el trámite de formación de la ley concluirá sin que prospere el proyecto. Ahora bien, el fallo del Tribunal que confirma la objeción total deberá ser tenido presente en el evento que quienes tengan iniciativa legislativa deseen renovar el proyecto, eliminando de sus líneas matrices las cuestiones que motivaron la prevención de inconstitucionalidad.

Si el órgano de justicia constitucional determina que la inconstitucionalidad es parcial, el proyecto se devuelve a la Legislatura. El Congreso Nacional realizará las enmiendas necesarias, respecto de lo que no se ha determinado plazo dentro del texto constitucional. Ello se debe a que si es la Legislatura la que aprobó un proyecto de ley y el Presidente de la República quien lo ha objetado, será el Congreso Nacional el órgano del poder público interesado en que dicho proyecto prospere, para lo cual realizará las rectificaciones necesarias. Realizadas las modificaciones del caso, el proyecto volverá al Presidente de la República, quien podrá sancionarlo u objetarlo, sea por razones de conveniencia o incluso podrá plantear nuevamente una objeción por inconstitucionalidad, sea porque estime que el Congreso Nacional no ha constitucionalizado el proyecto o porque caiga en nuevas irregularidades.²⁷

Si el Tribunal Constitucional estima que el proyecto no adolece de inconstitucionalidad que deba ser prevenida en razón de las objeciones presidenciales, que son las que, insisto, determinan la competencia del Tribunal, el proyecto se devuelve al Congreso Nacional para su publicación. Sobre señalar que la devolución del proyecto no se la hace al Presidente de la República pues si éste la ha vetado por ra-

zones de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional ha desestimado la objeción, podría ocurrir el evento que el jefe del Estado no promulgue el texto normativo.

Sobre este último punto de Derecho se debe tener presente que el Congreso Nacional sólo ordenará la promulgación si el Tribunal Constitucional ha desestimado la objeción por inconstitucionalidad y no se encuentre en trámite al interior de la Legislatura objeciones generales de carácter general. Lo mismo sucede en el evento que el Congreso Nacional no considere y examine la objeción parcial general dentro del plazo de treinta días pues, en ese caso, de existir pendientes de dictamen por parte del Tribunal Constitucional objeciones por inconstitucionalidad, el Presidente de la República no podrá disponer la publicación de la ley, puesto que el trámite de formación no concluirá sino hasta que exista el dictamen señalado.

V. Colofón

Uno de los méritos de la reforma constitucional de 1996 fue reintroducir en el Código Político la distinción de trámite entre las objeciones por inconstitucionalidad de las objeciones generales, lo que en 1998 se perfecciona al tornar las primeras en la base del control preventivo y obligatorio de constitucionalidad.

Queda por determinar, dentro de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, de manera completa, el trámite que se debe dar a las objeciones generales, para evitar los predicamentos que se han producido y que se evidenciaron en la decisión del tema relativo a la Ley de Reforma Tributaria. Es tiempo, entonces, de desarrollar legislativamente el tema y no de proponer reformas constitucionales que intentan resolver asuntos devenidos de la mera coyuntura política del asunto.

Notas

1. Estimo que el vigente texto constitucional, aprobado por la Asamblea Nacional en 1998, no es una nueva Constitución, sino una mera codificación de las reformas que dicho cuerpo colegiado introdujo en el Código Político de 1978-79.
2. *Constitución Política del Ecuador*, artículo 164.
3. Téngase presente que las diez primeras enmiendas, de 1791, incorporan básicamente al texto de la Constitución la Declaración de Derechos de Virginia, condición que se impone en su momento para que los Estados de la Unión aprueben la Carta Política.
4. *Constitución Política del Ecuador*, art. 147, que dispone que son materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República las que se refieren a la creación, modificación o supresión de impuestos, las que modifiquen la división político administrativa del Estado y las que aumenten el gasto público.
5. Cfr., vg., *Constitución Española*, los artículos 56.1, 62, letra a, y 91, determinan que el Rey es el jefe del Estado, a quien corresponde sancionar y promulgar las leyes, sanción para la que se le señala un plazo de quince días, sin que se prevea la posibilidad de negarse a dictar el decreto promulgatorio.
6. *Constitución Política del Ecuador*, art. 130, números 8 y 9. *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, arts. 78 y siguientes.
7. *Constitución Política del Ecuador*, art. 171, número 4.
8. *Constitución Política de Colombia*, art. 166.
9. *Constitución Política del Ecuador* de 1945, art. 47.
10. *Constitución Política del Ecuador* de 1945, art. 53.
11. *Constitución Política del Ecuador* de 1946, art. 75.

Notas

12. *Constitución Política de Bolivia*, art. 78.
13. *Constitución Política de Colombia*, art. 168.
14. *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 100.
15. En verdad el tema del impuesto al valor agregado dentro del proyecto de Ley de Reforma Tributaria pudo ser una cuestión trascendente, pero cuya eliminación por parte de la Legislatura no afectaba la coherencia de la ley. Creo que, como le he señalado, el Presidente de la República podía insistir en el tema vía objeción parcial.
16. Tribunal Constitucional. Resolución N° 126-2001-TP, voto salvado de los magistrados Hernán Salgado Pesantes y René de la Torre Alcívar.
17. *Constitución Política de Chile*, art. 70
18. *Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*, art. 36, inciso primero.
19. Por ejemplo, si la Legislatura aprueba una ley de aborto y el jefe del Estado tiene determinadas convicciones contra el tema, no entrará a analizar artículo por artículo el proyecto sino que lo vetará totalmente.
20. Claro que aquí también cabe el cálculo político. Si el Presidente de la República estimó que el Congreso Nacional pudo obtener las dos terceras partes para ratificar los textos originalmente aprobados de la Ley en comento, lo más conveniente es entonces el veto total, toda vez que suspende la tramitación del proyecto, aunque tampoco asegura que transcurrido el año se insista en el mismo por parte del órgano legislativo.
21. Cfr. Toinet Marie-France, *El Sistema Político de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 137-138.
22. *Constitución Política del Ecuador*, texto original, el artículo 69 señalaba lo siguiente:

Art. 69.- Las leyes aprobadas por la Cámara o por el Plenario de las Comisiones Legislativas que fueren objetadas por el Presidente, sólo pueden ser consideradas por aquélla, después de un año de la fecha de objeción. Sin embargo, la Cámara puede pedir al Presidente que se someta a consulta popular.

Si la objeción recayere en una parte de la ley, la Cámara la rectifica, aceptando la objeción, o la ratifica en dos debates y con el voto favorable de las dos terceras partes y procede a su promulgación.

Este mismo principio se sigue, casi en idénticos términos, en el artículo 69 de la primera codificación de la Constitución de 1984 y en el artículo 70 de la segunda codificación publicada en 1993.
23. *Constitución Política del Ecuador* de 1869, art. 43.
24. *Constitución Política del Ecuador*, cuarta codificación, arts. 175, número 4, y 176, letra b. En todo caso, ya existía una contradicción entre la Ley del Control Constitucional y la Constitución en el sentido que la última solo legitimaba al Congreso Nacional, ocurriendo que la Ley del Control Constitucional agregaba al Plenario de las Comisiones Legislativas.
25. *Constitución Política de Colombia*, art. 167, inciso tercero y siguientes. En caso que el Gobierno objete el proyecto por estimarlo inconstitucional, si las cámaras insisten, el texto pasa a la Corte Constitucional para que decida su exequibilidad. Si la Corte Constitucional desestima la inconstitucionalidad, el Presidente de la República deberá sancionar la ley; en caso de declararse su inexecutable, el proyecto se archiva, en caso de inconstitucionalidad parcial, la cámara de origen debe modificar el proyecto en términos concordantes al fallo, luego de lo cual se devuelve a la Corte Constitucional para el fallo definitivo.
26. Tribunal Constitucional, Resolución N° 008-2000-TP. El inciso primero del artículo 62 de la Ley del Control Constitucional determinaba, como se dijo, la consecuencia jurídica de la pérdida de competencia por parte de quienes no resolvían el caso dentro del plazo. En ese evento se previó que la competencia la asumían los suplentes, bajo las mismas prevenciones legales. Con ello, si los suplentes tampoco resolvían dentro del plazo también perdían la competencia, sin que se señale, entonces, quién debía resolver la causa.
27. Como se señaló anteriormente, en Colombia el artículo 167 de la Constitución dispone que, luego de la modificación, el texto se remite nuevamente a la Corte Constitucional para el fallo definitivo.

La Corte Penal Internacional: Los nuevos desafíos de la jurisdicción universal

Juan Manuel Marchán

I. Introducción

El 11 de abril de 2002, casi cuatro años después de la firma del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante el *Estatuto de Roma*) y luego una gran campaña internacional por el pronto establecimiento de la Corte Penal Internacional (en adelante la *CPI*), el sueño de muchas de las personas que consideramos que la plena vigencia de la justicia penal internacional es una de las alternativas más acertadas para eliminar la impunidad que impera en nuestros países, se ha hecho realidad.

El 1 de julio de 2002, el Estatuto de Roma entró en vigencia para todos los países que lo han ratificado y el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, ha anunciado a la comunidad internacional que antes de que este año finalice la CPI deberá estar ya integrada y en pleno funcionamiento.¹

Para la entrada en vigor del Estatuto de Roma se necesitaba que 60 países lo ratifiquen, en este momento 66 países ya lo han ratificado y han depositado su instrumento de ratificación en la Secretaría General de las Naciones Unidas.² Ecuador suscribió el Estatuto de Roma y depositó su instrumento de ratificación el 5 de febrero de 2002.

La comunidad universal reunida en Roma el 17 de julio de 1998, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas, dio uno de los pasos más importantes en la lucha en contra de las violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; cuando representantes de 120 países votaron a favor de la creación de una Corte Penal Internacional con competencia para juzgar e investigar los más graves crímenes y para sancionar a sus responsables.

La adopción y actual entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional marca un hito histórico en las iniciativas de la comunidad internacional en favor de la protección de los derechos humanos y se constituye en una última garantía colectiva de justicia a favor de la comunidad universal.

La entrada en vigencia del Estatuto de Roma incidirá de manera directa en los sistemas de administración de justicia de los países que lo han ratificado y ratifiquen en el futuro y será un incentivo invaluable para lograr que los sistemas judiciales internos optimicen su funcionamiento y actúen observando estrictamente las garantías al debido proceso, ya que en su defecto la CPI tendrá competencia para conocer y resolver estos casos.

La realidad política en muchos países del mundo nos ha demostrado que a pesar de vivir prácticamente en democracia, se siguen cometiendo graves crímenes por parte de agentes del Estado y grupos armados particulares, sin que

nuestros sistemas de justicia actúen de manera eficaz para castigar a los responsables de estos crímenes atroces.³

Asimismo, el desarrollo de nuestras débiles democracias nos ha demostrado que una de las principales características de nuestros sistemas judiciales es la impunidad y la falta de juzgamiento, lo que hace más latente en la comunidad internacional la necesidad de que exista una verdadera justicia.

La finalidad de la presente investigación es facilitar la comprensión y el debate sobre la CPI y las implicaciones que tendrá la entrada en vigencia del Estatuto de Roma en el derecho interno de diversos países.

El punto de partida del presente trabajo es justificar la necesidad que tiene la comunidad internacional de instituir una Corte Penal Internacional, los trabajos preparatorios para llegar al Estatuto de Roma, la estructura, competencia y funcionamiento de este órgano jurisdiccional.

La vigencia del Estatuto de Roma nos obliga a realizar un estudio exhaustivo de los aspectos que rodean la jurisdicción universal y por esta razón no pretendemos agotar el tema, sino que esta investigación pueda ser el inicio, un punto de partida del debate sobre la CPI, su estructura, competencia y funciones.

II. Antecedentes y necesidad de una Corte Penal Internacional

En la última década del siglo pasado la comunidad universal tuvo que presenciar atroces guerras, agresiones y el cometimiento de graves delitos en contra de la humanidad. Hechos como las guerras en las naciones de la antigua Yugoslavia como los son Bosnia-Herzegovina y en Croacia, los enfrentamientos en Ruanda, Burundi y en la República Democrática del Congo (ex-Zaire), sacudieron la conciencia internacional y pusieron de manifiesto la necesidad de contar con una institución judicial permanente que tenga competencia para juzgar las múltiples violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

La práctica de Naciones Unidas y de su Consejo de Seguridad para hacer frente a esta realidad fue la creación de tribunales adhoc, con competencia para juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos en las naciones de la antigua Yugoslavia y Ruanda,⁴ pero estas iniciativas resultaron insuficientes *vis à vis* la realidad y necesidad de justicia que vivía el mundo en esos momentos.

En el seno de Naciones Unidas, desde 1948, se viene discutiendo la idea de instituir un tribunal penal internacional cuando la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la *CDI*) la tarea de *examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial*

internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio y otros delitos, que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de las convenciones internacionales.⁵ La CDI presentó su informe manifestando la conveniencia de la adopción de una corte penal internacional o sobre la posibilidad de reformar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y crear una sala penal que dependa de este tribunal. La Asamblea General resolvió suspender el análisis y el tratamiento del informe de la CDI por desacuerdos entre los Estados.

Posteriormente, y después de un largo proceso de debate y discusión, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, en su Declaración y Programa de Acción de Viena, de 1993, instó a la CDI a continuar con sus trabajos relativos a la creación de un tribunal penal internacional.⁶

La CDI reanuda de una manera activa su misión tendiente a elaborar los trabajos preparatorios para el establecimiento de la CPI y crea un Grupo de Trabajo sobre el Estatuto de una Corte Penal Internacional, el cual es presentado en diversas ocasiones a la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Asamblea General en 1994 crea un Comité Especial compuesto por los representantes de los países miembros de la organización y expertos independientes con la finalidad de estudiar el Estatuto de la Corte presentado por la CDI y analizar la posible convocatoria a una conferencia de plenipotenciarios para suscribir una Convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. En 1996 y con este propósito en mente, la Asamblea General resuelve convocar a una conferencia de plenipotenciarios a reunirse en Roma dos años más tarde.

Finalmente, y luego de un largo proceso de múltiples discusiones, negociaciones y estudios, entre el 15 y el 17 de julio de 1998, se reunió en Roma la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*. Esta importante cita diplomática concluyó con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra. Entre los países que votaron en contra de la adopción del Estatuto de Roma estaban Estados Unidos, China e Israel.

III. Características de la Corte Penal Internacional

a. Naturaleza de la CPI

De acuerdo a lo que determina el artículo 1 del Estatuto de Roma, la CPI es una institución judicial permanente creada para sancionar a los responsables del cometimiento de crímenes de trascendencia internacional. Consideramos importante señalar que la Corte Penal Internacional no es un órgano supranacional, no puede ser considerado, bajo ningún motivo, como un tribunal de alzada o de cuarta instancia que actúe revisando los procedimientos internos de los tribunales domésticos en los países partes del Estatuto.

La CPI no actúa como una especie de sustituto de la jurisdicción penal interna y su creación no pretende suplantar o desconocer los ordenamientos jurídicos penales domésticos, todo lo contrario, lo que ésta busca es complementarlos.

La CPI es una institución que nace de la cooperación internacional y del mutuo entendimiento de los Estados acerca de la necesidad de contar con un organismo que actúe como una garantía colectiva de justicia, cuando los sistemas internos no han podido lograrlo.

Consideramos de trascendencia referirnos a la permanencia de la CPI, elemento que reviste vital importancia para el funcionamiento de un tribunal internacional. Con la inclusión de la permanencia, como característica principal de la CPI, se pone fin a las discusiones originadas desde los procesos en el Tribunal de Nuremberg y Tokio y los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, instituciones de carácter provisional que carecen de efectividad total. Otros tribunales internacionales carecen de este carácter de permanencia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, al no ser un órgano permanente, pierde su efectividad para el inmediato conocimiento de violaciones a los derechos humanos.

El hecho de que la CPI se haya instituido como una institución judicial permanente le permite conocer y comenzar el juzgamiento de manera inmediata de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Asimismo, hace más fuerte la convicción sobre la independencia e imparcialidad del tribunal y de sus jueces.

b. Complementariedad

El preámbulo del Estatuto de Roma determina que la CPI será complementaria a las jurisdicciones penales nacionales. La jurisdicción penal doméstica siempre tendrá prioridad sobre la jurisdicción de la CPI y su establecimiento busca impulsar el mejoramiento de los sistemas judiciales internos, para que éstos puedan funcionar de una manera eficaz y que poco a poco los índices de impunidad vayan disminuyendo.

En materia de derecho internacional de los derechos humanos, los sistemas internacionales instituidos para la protección de los derechos humanos son complementarios a los ordenamientos jurídicos internos, ya que la característica principal de la complementariedad es que se permita a los Estados resolver las situaciones de acuerdo a su derecho interno antes de verse obligados a responder ante un ente internacional.

La naturaleza de los delitos penales internacionales que son competencia de la CPI son crímenes catalogados como *de trascendencia internacional*, que rebasan las fronteras de las naciones y se convierten en ofensas en contra de toda la humanidad, ya que atentan en contra de bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento internacional.

La complementariedad de la CPI nos genera un inevitable temor de que *la participación de las jurisdicciones nacionales pueda constituirse en un subterfugio para la impunidad*.⁷ Es por esto que las viejas teorías de soberanía que excluyen la intervención de organismos internacionales de protección de los derechos humanos cuando los sistemas judiciales internos han perdido su efectividad, no tienen cabida en el derecho internacional contemporáneo.

IV. Estructura de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional está compuesta por los siguientes órganos:

- La Presidencia;
- Una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares;
- La Fiscalía;
- La Secretaría.

a. Los jueces o magistrados

El artículo 36 del Estatuto establece que la CPI estará compuesta por 18 magistrados, nacionales de los Estados partes en el Estatuto. La presidencia de la Corte podrá solicitar, motivadamente, a la Asamblea de los Estados partes que el número de jueces que integran la Corte aumente; de igual manera podrá solicitar, si las circunstancias así lo justifican, que el número de jueces disminuya pero no podrán ser nunca menos de 18.

Los jueces serán elegidos de entre los nacionales de los Estados partes en el Estatuto de Roma, de personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones necesarias para el ejercicio de las más altas funciones judiciales de sus respectivos países.

Todos los jueces deberán tener reconocida versación y competencia en derecho y procedimientos penales y deberán tener experiencia en causas penales en calidad de magistrados, fiscales, abogados u otras funciones similares. El Estatuto pone como alternativa que las personas que aspiren a ser jueces deberán tener un amplio conocimiento en derecho internacional, derecho internacional humanitario y derechos humanos.

El artículo 36.9.a establece que los jueces serán elegidos por un período de nueve años y éstos no podrán ser reelegidos, pero mantendrán su competencia y seguirán en funciones para terminar de conocer los procesos en los cuales hayan comenzado (artículo 36.10).

De acuerdo al artículo 38.1 del Estatuto de Roma, la Corte estará presidida por un presidente y por dos vicepresidentes los cuales durarán tres años en sus funciones o hasta que su término como jueces concluya de ser el caso y podrán ser reelegidos. Los titulares de la Corte estarán encargados del correcto funcionamiento y administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía que es independiente, y de las demás funciones que les atribuye el Estatuto.

b. Las salas

Una vez integrada la Corte, sus magistrados se dividirán en tres salas, una sección de Apelaciones, una sección de Primera Instancia y una sección de Cuestiones Preliminares. La Sección de Apelaciones estará compuesta por el Presidente de la Corte y cuatro otros magistrados (artículo 39.1). La Sección de Primera Instancia y la Sección de Cuestiones Preliminares estarán compuestas por no menos de 6 magistrados. Los magistrados de estas salas durarán tres años y mantendrán su derecho a seguir conociendo los asuntos que ya hayan tomado conocimiento. Los magistrados de la Sección de Apelaciones durarán en ese cargo todo su mandato. El trabajo que realiza la Corte en cada sección será manejado por salas, que estarán conformadas por los magistrados integrantes de las secciones. Las salas de la Corte serán igualmente de Apelaciones, de Primera Instancia y de Cuestiones Preliminares.

c. La Fiscalía

La Fiscalía es un órgano independiente y separado de la Corte y es la encargada de recibir la información sobre el cometimiento de crímenes que sean de su competencia, con el objetivo de realizar las debidas investigaciones y ejercitar la acción penal ante la CPI (artículo 42.1). El titular de este órgano será el Fiscal, el cuál dirigirá todas las actividades de la Fiscalía. Éste será asistido por uno o más fiscales adjuntos que asistirán al fiscal titular en todas sus actividades y éstos tendrán que ser de distintas nacionalidades y trabajarán exclusivamente desempeñando sus funciones.

El fiscal será elegido en votación secreta y por mayoría absoluta por los miembros de la Asamblea de los Estados partes. Los fiscales están impedidos de ejercer cualquier actividad que pueda interferir con el ejercicio de sus funciones o pueda poner en duda su independencia o imparcialidad (artículo 42.5).

El fiscal se constituye en el conducto directo para que la CPI se ponga en funcionamiento el momento que un crimen de su competencia ha sido cometido; es por esto que éste es uno de los cargos claves para el buen funcionamiento de la CPI. El fiscal podrá iniciar de oficio una investigación a partir de cualquier información que haya llegado a su conocimiento sobre el cometimiento de un crimen de su competencia (artículo 15.1). El fiscal podrá analizar la veracidad de la información que haya recibido; solicitando cualquier tipo de información a los Estados miembros, a las agencias de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y no gubernamentales; podrá también recibir testimonios tanto orales como escritos en la sede de la Corte.

Si es que el fiscal considera que la información recibida justifica el accionar de la Fiscalía, deberá pedir autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte adjuntando la información recibida. Las víctimas o sus familiares podrán presentar observaciones ante la Sala de Cuestiones Preliminares (artículo 15.3). Si es que la Sala de Cuestiones Preliminares considera que la información presentada por la Fiscalía es pertinente y contiene el sustento necesario autorizará a la Fiscalía que se de inicio a la investigación, en caso contrario, si es que la Sala de Cuestiones preliminares niega la autorización el fiscal podrá solicitarla con posterioridad adjuntando información adicional (artículos 15.4 y 15.5).

La actividad investigativa que está a cargo de la Fiscalía se constituye en la piedra angular del nuevo sistema de justicia universal que la CPI busca instaurar en la comunidad internacional. El ejercicio de la vindicta pública internacional es de especial importancia ya que ésta tiene su origen en el cometimiento de ofensas contrarias a los valores protegidos por la humanidad, como lo son la paz y la seguridad. Asimismo, la labor de enjuiciamiento potestad de la CPI es el complemento para que esta garantía colectiva para la vigencia de los derechos humanos funcione eficazmente.

Esta actividad investigativa debe estar apartada de todo tipo de influencia externa ya sea de las agencias de Naciones Unidas como de sus órganos constitutivos. Por esta razón nos preocupa que el artículo 16 del Estatuto establezca que la Corte deberá ordenar la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento de un caso determinado cuando el Consejo de Seguridad así lo solicitare, mediante una resolución aprobada de acuerdo a lo establecido en la Carta de las

Naciones Unidas. Esta suspensión no podrá exceder de doce meses y podrá ser renovada a solicitud del Consejo de Seguridad. La influencia directa de un órgano inminentemente político, compuesto por cinco miembros permanentes con derecho de veto de todas las resoluciones, a nuestro juicio afecta ese fin último que persigue la CPI, que es la justicia. Consideramos que no existen razones lo suficientemente importantes para suspender las investigaciones o el enjuiciamiento de personas acusadas de ser responsables del cometimiento de los crímenes más graves en contra de la humanidad, pero esperamos que la aplicación de esta norma se limite lo más posible en el futuro o sea excluida del Estatuto.

d. La Secretaría

La Secretaría de la Corte estará encargada de manejar todos los asuntos no judiciales relativos a la administración de la Corte (artículo 43.1). El encargado de la Secretaría será el Secretario, el cual es el oficial administrativo principal de la Corte (artículo 43.2). El Secretario estará asistido por un Secretario Adjunto y ejercerán sus funciones bajo supervisión del Presidente de la Corte y serán nombrados en votación secreta y por mayoría absoluta de todos los magistrados de la Corte (artículo 43.4). El Secretario durará cinco años en sus funciones y podrá ser reelegido por una sola vez.

Un aspecto importante del funcionamiento de la Secretaría es la creación de una dependencia para las víctimas y testigos. Esta dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de seguridad y protección para las víctimas, sus familiares y testigos. Esta dependencia deberá contar con personal especializado en violencia sexual y derechos de los niños.

V. Competencia de la Corte Penal Internacional

La competencia de la CPI está determinada en el artículo 5 del Estatuto de Roma, el cual determina que la competencia del Tribunal se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

La competencia de la CPI está determinada en razón de la materia (*rationae materiae*), en razón de las personas (*rationae personae*), en razón del territorio (*rationae loci*) y en razón del tiempo (*rationae temporis*).

- *Competencia rationae materiae:*

Como ha sido establecido anteriormente, la competencia de la CPI está determinada para conocer los delitos establecidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma. Estos delitos son el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Esta clasificación de los delitos de competencia de la CPI abarca la mayoría de los delitos que violan los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, aplicable a los conflictos armados internos e internacionales.

La manera como está redactado el artículo 5 del Estatuto de Roma es taxativa; en vista de esto, la competencia de la CPI está limitada únicamente al conocimiento de estos delitos.

- *Competencia rationae loci:*

En el caso de que uno de los delitos arriba señalados haya sido cometido en uno de los Estados partes del Estatuto, la CPI tendrá plena competencia para su posterior juzgamiento y sanción. Si es que el Estado en donde dicho crimen se ha cometido no es parte del Estatuto, la CPI podrá conocer del caso si es que dicho Estado reconoce la competencia de la Corte para ese caso en concreto, o si la persona que ha cometido el delito es nacional de un Estado que sí es parte del Estatuto. Esto siempre que el caso haya sido sometido a conocimiento de la CPI por la Fiscalía o por otro Estado parte. En caso de que el asunto haya sido sometido a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la CPI tendrá competencia automática para tratarlo.

- *Competencia rationae personae:*

La CPI está instituida para proceder al juzgamiento de personas y no de Estados como la mayoría de los tribunales internacionales de derechos humanos. Los responsables del cometimiento de los delitos determinados en el artículo 5 del Estatuto de Roma podrán ser juzgados por la Corte, independiente de su nacionalidad, si es que el Estado en donde se ha cometido el delito es parte del Estatuto.

- *Competencia rationae temporis:*

El artículo 11 del Estatuto de Roma establece que la CPI tendrá competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. La competencia en razón del tiempo ha sido establecida únicamente para los hechos que ocurran después de la entrada en vigencia del Estatuto, esto es el 11 de abril de 2002.

a. Crímenes que podrá juzgar la CPI

En este orden de ideas, los crímenes que podrá juzgar la comunidad internacional son los siguientes:

- *El crimen de genocidio*

El artículo 6 del Estatuto de Roma tipifica el crimen de genocidio y transcribe la redacción original incluida en la Convención Internacional para la Prevención y Represión del Genocidio adoptada por las Naciones Unidas en 1948, posteriormente incorporada al Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.⁸

En el delito de genocidio, la intención, es el factor que permite diferenciarlo frente a otros delitos que pueden ser considerados como de lesa humanidad. Los delitos de lesa humanidad y el genocidio tienen como factor común los atentados en contra de los derechos fundamentales de las personas o de un grupo de personas. El factor diferenciador del genocidio está claramente determinado en el artículo 6 del Estatuto de Roma, que establece que el delito de genocidio es el que busca destruir y acabar, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

El ejemplo utilizado por el doctor Iñigo Salvador Crespo es bastante claro para diferenciar el delito de genocidio de los delitos de lesa humanidad. El doctor Salvador afirma que *matar a un judío o negro por ser judío o ne-*

gro es un delito de lesa humanidad; matar a un judío o negro con el afán de que desaparezcan todos los judíos o negros es genocidio.

El artículo 6 establece ciertas características para que el delito de genocidio se configure; éstas son: la matanza de miembros de un grupo determinado; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; y, traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia al emitir su dictamen acusatorio en contra del ex líder serbio Slobodan Milosevic, encontró en éste responsabilidad por haber cometido delito de genocidio, al haber intentado implementar un sistema de limpieza racial y aniquilamiento en contra de la población serbia de origen musulmán y de los bosnios croatas, en la guerra de Bosnia y Herzegovina.

- *Los crímenes de lesa humanidad*

El artículo 7 del Estatuto de Roma establece la tipificación de los crímenes de lesa humanidad y pone como sujeto pasivo en este delito a la población civil.

El Estatuto establece que se entenderá como crimen de lesa humanidad el cometimiento de diversos actos que den como resultado un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil. Los actos que se deben cometer para tipificar este delito son: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de la población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier forma de violación sexual de gravedad comparable. El párrafo 2 del mismo artículo contiene la descripción detallada para que se tipifique el crimen de lesa humanidad.

Uno de los adelantos importantes en la redacción del artículo 7 del Estatuto es la inclusión del delito de apartheid, entendido como una política discriminatoria racial tendiente a colocar a un grupo humano en inferioridad de condiciones respecto de un grupo dominante.

- *Los crímenes de guerra*

El artículo 8 del Estatuto de Roma establece una amplia tipificación de los crímenes de guerra. El Estatuto divide estos crímenes en los perpetrados en conflicto armado internacional y los perpetrados en conflictos armados internos o no internacionales. La descripción de los crímenes de guerra establecidos en el Estatuto se origina en los Convenios de Ginebra de 1949 y en la Ley de La Haya.

La primera clasificación son los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional, estas son las seis infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (estas infracciones son las que se cometen en contra de personas protegidas por los Convenios –los heridos, enfermos y naufragos, prisioneros de guerra, civiles-). Asimismo, constan en esta primera clasificación otras violaciones graves a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales.

La segunda clasificación son los crímenes de guerra co-

metidos en un conflicto armado interno. El Estatuto determina en su artículo 8.2.c., cuatro violaciones graves al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. El artículo 3 común determina las infracciones cometidas en contra de personas que no participan de manera directa en las hostilidades, es decir que no son combatientes.

Los Convenios de Ginebra regulan el derecho de la guerra y establecen los estándares que deben mantener los Estados y sus fuerzas militares o actores no estatales en casos de conflictos armados ya sean de naturaleza internacional o interna. La CPI tendrá competencia para juzgar las violaciones que sean cometidas en contra de los usos y costumbres de la guerra recogidas por estos Convenios y por el Estatuto.

- *El crimen de agresión*

El artículo 5 del Estatuto de Roma establece que la CPI tendrá competencia para juzgar el crimen de agresión. Lamentablemente esta disposición carece de eficacia jurídica ya que el numeral 2 del mismo artículo establece que la Corte ejercerá competencia respecto de este crimen, de acuerdo a lo determinado por los artículos 121 y 123 del Estatuto, cuando los Estados partes del Estatuto se pongan de acuerdo en una definición de agresión y en sus condiciones.

Los artículos 121 y 123 del Estatuto establecen que el contenido del artículo 5 podrá ser revisado cada siete años, por lo que lamentablemente en estos momentos en que el Estatuto ha sido ratificado por 66 países y entró en vigencia el 1º de julio de 2002, la Corte no tiene competencia sobre el crimen de agresión.

Existen ya, en el seno de Naciones Unidas, definiciones sobre lo que es el delito de agresión, pero los Estados partes del Estatuto no han tomado en cuenta estas definiciones y durante el desarrollo de la Conferencia de Plenipotenciarios en Roma, no pudieron ponerse de acuerdo, por lo que la Corte, hasta que no se reforme el Estatuto, no ejerce competencia sobre este delito.

VI. Conclusiones

Sin duda la masiva ratificación y la entrada en vigencia del Estatuto de Roma constituye un hecho sin precedentes en materia de protección internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Los nuevos desafíos de la jurisdicción universal son múltiples y la comunidad internacional se mantendrá vigilante sobre la labor que la CPI realice en el futuro cercano. La pronta integración de la CPI y el nombramiento del Fiscal, se vuelven ahora una obligación moral de los países miembros en el Estatuto de Roma y esperamos que el compromiso del Secretario General de las Naciones Unidas, de que la Corte comience a funcionar antes de que termine este año, sea cumplido a cabalidad.

El juez de la Audiencia Española Baltasar Garzón Real ha señalado que la Corte Penal Internacional constituye el primer intento en tiempos de paz para dar respuesta en forma permanente a los fenómenos degenerativos de los tiempos de guerra o de paz.

Un grave problema que vemos para la efectiva actuación de la CPI es la no ratificación del Estatuto por parte de gran-

des potencias como lo son Estados Unidos, China e Israel, que debilitan la universalidad del nuevo sistema que la CPI intenta implementar. No va a existir un verdadero sistema de justicia universal mientras todos los Estados miembros de las Naciones Unidas no ratifiquen el Estatuto de Roma.

Es sumamente importante que los países que han ratificado el Estatuto modifiquen su derecho interno para que la Corte Penal Internacional esté legalmente facultada para actuar frente a algún caso de su competencia

Estamos sumamente conscientes y en este tema debemos ser realistas, ya que sabemos que la entrada en funcionamiento de la CPI no va a hacer que las violaciones a los derechos humanos desaparezcan, ni que los Estados dejen de cometer abusos y arbitrariedades, pero esperamos que por lo menos esto sirva de efecto intimidatorio para impedir futuras violaciones a los derechos de la persona humana.

Notas

1. United Nations, Transcript of Press Conference of the Secretary General Kofi Annan and President Carlo Ciampi of Italy in Rome and New York. SG/SM/8194, 11 April 2002.
 2. El 11 de abril de 2002, diez Estados depositaron conjuntamente en la Secretaría General de Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación del Estatuto de Roma. Los Estados en dar este histórico paso fueron: Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Camboya, República Democrática del Congo, República de Irlanda, Jordania, Mongolia, Nigeria, Rumania, Eslovaquia.
 3. Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima CAJ, 2001, pág. 16.
 4. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex -Yugoslavia y Ruanda fueron creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante resolución No. 808 de 22 de febrero de 1993 y 8 de noviembre de 1994, respectivamente.
 5. Salvador Crespo, Iñigo, *De Nuremberg a Roma, El largo periplo hacia una Corte Penal Internacional*, Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, pág. 220.
 6. Solari Yrigoyen, Hipólito, *La dignidad humana, Normas Internacionales de los Derechos Humanos*, Edit. EUDEBA, 1998, pág. 157.
 7. Salvador Crespo, Iñigo, *De Nuremberg a Roma, El largo periplo hacia una Corte Penal Internacional*, Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, pág. 225.
 8. *Ibíd*em, pág. 235.
-

Fernando de Trazegnies Granda

Visión del Derecho del futuro

A comienzos de hitos simbólicos tan inusuales como el cambio de milenio, tenemos tendencia a preguntarnos cómo será el mundo del futuro, qué pasará ahora que hemos dado la vuelta a la esquina del tiempo.

En muchos casos, no pasará nada, porque un cambio de calendario no coincide necesariamente con un cambio cultural. Sin embargo, en el caso del tercer milenio de nuestra era, encontramos que quizá ese tipo de reflexión nos permite percibir una suerte de marea de fondo que no tiene nada que ver con esa cifra cabalística sino que ha venido incubándose desde mucho tiempo atrás y que anuncia una nueva cosmovisión cada vez más próxima, con las correspondientes modificaciones en el sentido, el estilo y las posibilidades de la vida. Eso es lo que algunos han llamado *post-modernidad*, aunque este término tenga significados muy diferentes según quien lo utiliza.

La nueva cosmovisión está basada en múltiples aspectos que han revolucionado la existencia del hombre. No es posible señalar en estas líneas todas sus causas y consecuencias. Baste indicar simplemente la nueva silueta que se perfila en el horizonte.

De un lado, ¡qué duda cabe!, hay un desarrollo exponencial de la ciencia que cada día nos asombra más con sus descubrimientos y con sus nuevas aplicaciones técnicas que incrementan hasta el vértigo las potencialidades del ser humano. De otro lado, la humanidad es cada vez más educada, el hombre cada vez tiene más conciencia de su insoslayable dependencia recíproca, cada vez utiliza en mayor grado el saber para sobrevivir y superarse. Por otra parte, después de una euforia en torno a un modelo único de modernización -derivado de la idea de que la razón, elemento central de la modernidad, sólo puede conducir a un solo resultado válido- se ha venido produciendo una toma de conciencia de las diferencias y se comienza a admitir que es posible ser moderno -y, por ende, racional- de muchas maneras.

El Derecho no es -no puede ser- ajeno a esta perspectiva. Y, en ese sentido, es válido preguntarse cómo será el Derecho del futuro.

No es difícil advertir que se están produciendo cambios muy claros en su concepción y en las técnicas de su aplicación, que probablemente continuarán durante la próxima centuria. Trataremos de apuntar las direcciones de estas tendencias.

Si pensáramos que el Derecho responde a una estructura universal y eterna del ser humano -como lo pretendió (hasta un cierto punto) la idea iusnaturalista- la concepción del Derecho no debería verse afectada por los cambios histórico-culturales; a lo sumo, habría un reconocimiento progresivo de esas verdades inmutables y una adaptación me-

nor en aspectos coyunturales. Pero el Derecho seguiría siendo el mismo por los tiempos de los tiempos, mientras existan hombres en la tierra.

Sin embargo, esa idea -que correspondía a una mentalidad ya sea religiosa, ya sea racionalista- ha sido gravemente erosionada por la insurgencia de la perspectiva histórica. Cada vez más la historia nos muestra que el mundo no es siempre igual, que el tiempo no es reversible y que el hombre se está continuamente inventando a sí mismo, para bien o para mal.

Antes de la modernidad, el Derecho era fundamentalmente consuetudinario. Esto significaba que no era un Derecho creado por un legislador-autoridad sino que respondía a las costumbres de un pueblo: el Derecho nacía de abajo para arriba y no al revés. Una concepción de este tipo presenta varias características importantes. De un lado, da lugar a un orden jurídico muy cercano a la idiosincracia peculiar del grupo en el que es aplicado. Pero, de otro lado, se trata de un Derecho muy conservador, que no se modifica fácilmente en la misma medida que las costumbres cambian muy lentamente en el tiempo. Además, cada pueblo tiene un Derecho diferente en la misma medida que tiene costumbres diferentes. Dentro de este contexto, el Estado no era muy importante porque tenía una función legislativa muy limitada y actuaba solamente como una suerte de garante de la costumbre; sin perjuicio de una multiplicidad de poderes locales que a su vez aseguraban el cumplimiento de ese Derecho consuetudinario.

La modernidad entroniza a la razón sobre la tradición y la costumbre. La razón tiene una función crítica que pone a prueba las convicciones consuetudinarias y las reasume o las descarta mediante opciones explícitas: las cosas ya no tienen valor porque así siempre ha sido sino porque se deciden en el momento que efectivamente son valiosas. Por otra parte, la razón moderna, profundamente impresionada por el formalismo estricto de las matemáticas, pensó que era posible construir un sistema jurídico cerrado, sin lagunas, en el que las normas fueran perfectamente claras y unívocas. Este sistema debía ser general, es decir, aplicable a todas las personas que conforman no ya un grupo cultural sino una entidad política abstracta denominada Estado. Dentro del llamado Estado-Nación no se podían admitir diferencias, no se podía aceptar que en su interior existieran una pluralidad de nacionalidades, ya que ello atentaría contra la igualdad jurídica, que es condición esencial de la sociedad moderna: todos los ciudadanos son iguales ante la ley. En consecuencia, las peculiaridades de los diferentes grupos culturales ubicados en el interior del Estado no podían ser reconocidas por el Derecho. E incluso se consideró que el ideal sería un Derecho universal, racionalmente formulado; y por ello sur-

gieron diferentes propuestas -y también algunas realizaciones- para unificar la legislación a nivel internacional en varias áreas de la actividad humana.

La responsabilidad de esta centralización y homogenización del aparato jurídico-político no podía recaer sino en el aparato político-jurídico que constituye el núcleo de esa concepción social, vale decir, el Estado liberal. Por tanto, todos los derechos de origen no estatal (costumbres, normas emanadas de poderes locales relativamente autónomos, etc.) fueron suprimidos o integrados dentro del marco omnipresente de la ley estatal. Por otra parte, el Estado pasó a ser el garante exclusivo e indiscutido del Derecho, respaldándolo con su poder de sancionar. De esta manera, el orden jurídico se convirtió en un orden estatal; y esta identificación fue de tal naturaleza que se consideró inconcebible un Derecho que no estuviera basado en la coacción pública. Es dentro de ese orden de ideas que el Derecho Internacional fue entendido como un orden jurídico deficiente, incompleto, dado que carecía de un organismo central capaz de unificarlo y de imponer sus normas mediante la coerción. Para disculparlo, se dijo que era un *Derecho en formación* y que por eso no contaba todavía con tal aparato centralizado de coerción; pero que lo tendría tan pronto como las naciones se unieran en una organización superestatal plena.

La modernidad pensaba que la vida en común era imposible si no existía un Estado fuerte que organizara de arriba a abajo, verticalmente, la agitación de la sociedad civil utilizando las leyes como instrumento para lograr un juego fluido de intereses libres dentro de un ordenamiento racional.

Sin embargo, la evolución ha mostrado que, a medida que aumenta la conciencia cívica y que los valores de la modernidad se profundizan, los actores privados de la sociedad civil se entienden más fácilmente entre sí y pueden organizarse horizontalmente, sin la intermediación del Estado. El juego se vuelve más racional y requiere de menos coerción externa cuando cada individuo se da cuenta de que no puede subsistir sin la colaboración de los demás individuos (sea como productores o consumidores): es posible comprobar empíricamente que, en situaciones normales, los actores prefieren cumplir las reglas a fin de que ese juego de la libertad y el mercado que beneficia a todos se desarrolle sin tropiezos. En otras palabras, la necesidad de coerción estatal es inversamente proporcional a la educación cívica de la población.

En esas circunstancias, el Derecho se transforma de un orden de coerción en un sistema de acuerdos que todas las partes involucradas tienen interés en cumplir. El Estado pierde el monopolio de la producción de las reglas de juego y el Derecho se constituye como una trama de relaciones sociales libremente entrelazadas. Ni siquiera la resolución de conflictos ni la imposición forzosa de las normas quedan en manos exclusivas del Estado: de un lado, la sociedad civil organiza en su propio interior la solución de sus controversias a través de arbitrajes y otros medios no estatales; de otro lado, las sanciones más importantes en caso de incumplimiento no son principalmente las impuestas por el Estado sino las consecuencias económicas negativas que se derivan para el propio infractor por el hecho de haber intentado perjudicar el juego.

Dentro de este contexto, el Derecho no es más un conjunto de mandatos respaldados por sanciones sino una forma de argumentar que ayuda a la construcción de las relaciones sociales productivas. Es por ello que el Derecho Internacional no puede ser considerado ya como un Derecho a medio hacer o incipiente sino, por el contrario, como un ejemplo de un orden creado no sobre la base de la aplicación de la fuerza bruta sino sobre la base de la persuasión ayudada por la razón y la doctrina, el peso de la opinión pública y las conveniencias recíprocas.

Si a esto llamamos postmodernidad, el Derecho del futuro será entonces mucho más *privado* aún que el Derecho de la modernidad, más espontáneo, más variado.

En esta forma, el Derecho retorna a manos de los actores sociales, quienes lo modelan según sus necesidades: los pueblos, los grupos funcionales, los partícipes de una determinada actividad crean y recrean su Derecho al margen del Estado. Pero esto no significa un simple regreso a la costumbre, como en la época premoderna. Hay, sin duda, una vuelta a la diversidad y a la expresión popular (en el sentido más amplio del término, como manifestación de la sociedad civil). Pero la costumbre se iba formando con los años y no se modificaba fácilmente. Era más bien estática, de alguna manera anquilosante; no ponía en cuestión sino, por el contrario, solidificaba, reafirmaba. En cambio, el Derecho de la postmodernidad tiene un gran dinamismo porque es objeto de una creación permanente. Ninguna regla, ningún acuerdo subsiste dentro de la postmodernidad por simple inercia popular. La razón postmoderna -entendida como el cálculo de costo/beneficio de los actores sociales- duda de toda construcción normativa anterior, de todo acuerdo, de toda regla. No conserva sino que cuestiona, somete a crítica, discute, analiza.

Tanto la premodernidad como la modernidad pretendieron constituir un equilibrio estable entre las pasiones e intereses de los hombres, domesticar al ser humano para convertirlo en un ser tranquilo que se somete a la tradición consuetudinaria o al monopolio estatal del ejercicio de la razón en nombre de todos los ciudadanos. En cambio, la postmodernidad se orienta a establecer un equilibrio inestable, incansablemente dinámico, que cultiva las pasiones y alienta los intereses, en el que todo es replanteado continuamente por los propios actores y donde los acuerdos resultan del convencimiento (siempre transitorio) de la bondad de su contenido para todos quienes participan en ellos.

Como es obvio, ni el Estado ni el Derecho estatal desaparecerán totalmente en el futuro: siempre habrán quienes no entiendan que no les conviene trapear y a los cuales será preciso sancionar desde arriba. Pero no cabe duda de que, en la medida que los intereses coinciden, el Derecho tal como lo conocemos ahora se hace menos necesario y el Estado (y, por tanto, la política) pierde buena parte de su justificación.

Nótese que esta coincidencia de intereses que postulamos dentro de la postmodernidad no implica que el mundo será uniformizado y que no habrán contradicciones. Al contrario, el mundo será extremadamente diferenciado y vivirá de las contradicciones entre los actores sociales. Pero habrá una coincidencia básica fundada en el análisis racional del costo/beneficio en el sentido de que, precisamente, para poder realizar los intereses individuales más disímiles es indispensable que aceptemos jugar el juego sin desbaratarlo.

Pero no es solamente la concepción del Derecho la que se encuentra en proceso de cambio sino también la técnicas de su aplicación. Ahora bien, el cambio en la aplicación indudablemente generará nuevas transformaciones en el concepto mismo de Derecho que aún no estamos en condiciones de avizorar.

Estos cambios son en gran parte el resultado -como en muchas otras áreas de la actividad humana contemporánea- del extraordinario y maravilloso desarrollo de la informática y de las comunicaciones.

La informática no sólo ha revolucionado los sistemas de control y administración de múltiples actividades vinculadas al Derecho, sino que está dando lugar a novísimas aproximaciones al Derecho mismo.

Entre ellas, cabe destacar aquellas que afectan la textualidad del Derecho en la misma medida que modifican la idea misma de libro.

Hasta ahora, el Derecho estaba contenido en constituciones, códigos y leyes presentados bajo la forma de libros. A su vez, el análisis doctrinario de las normas legales era registrado y difundido a través de libros. Y la jurisprudencia, que es el punto donde confluye la ley y la doctrina colocadas frente a la vida, igualmente era conocida mediante libros.

Un libro es la transcripción lineal de un texto que está hecho para ser leído en forma corrida. Sin embargo, a diferencia de la manera como se escuchan las piezas de un cassette de música, el libro posibilita el uso fragmentado de la información que contiene gracias a la posibilidad de búsquedas y lecturas que no siguen el orden fijo de la escritura sino el orden variable del interés de quien lee el texto. La estructura del libro, compuesta por unidades menores (capítulos y páginas), permite acceder a la información de una manera diferente a la secuencial: podemos ir directamente al capítulo tercero, página 25, y leer lo que ahí se dice. Los índices, cuya técnica ha ido perfeccionándose en el tiempo que tiene la historia del libro, facilitan aún más la posibilidad de llegar a la información que necesitamos sin tener que leer todo el texto. En Derecho, esta necesidad de ingresar a la información desde distintos puntos de partida y de usarla en forma parcial, es particularmente dramática. Por ello, las leyes se dividen en unidades bastante menores que son los artículos, a fin de establecer referencias puntuales que permitan una recuperación muy precisa de la información sobre los distintos mandatos legales específicos que conforman una ley.

Ahora bien, la informática ha revolucionado la noción de libro, reduciendo el volumen del soporte físico donde está registrada la información, permitiendo accesos extraordinariamente exactos y facilitando la combinación de varios elementos de búsqueda a fin de obtener una información más adaptada a la cuestión planteada.

Es así como ahora es posible tener todas las leyes de un país en un pequeño CD-ROM y buscar en esa inmensa masa de datos aquello que nos interesa sin ninguna dificultad. Aún más; la informática permite vincular fragmentos de un texto con fragmentos de otro texto diferente, de manera que mediante un simple *click* podemos trasladarnos de una ley a otra, del artículo de un código a un comentario doctrinario o a una ejecutoria suprema que se refieren al tema. La lectura ya no está, entonces, limitada a un texto por vez sino

que puede ir saltando de un texto a otro; y la estructura de la información deja de ser lineal para convertirse en una red en la cual es posible dirigirse de un punto cualquiera a todos los demás puntos por caminos muy diversos. Como se dice actualmente en informática, es posible *navegar* en todas las direcciones dentro de este mar de datos legales, potencializando nuestro uso eficiente del Derecho.

Si a ello se le agrega el desarrollo de los medios de comunicación, como el *Internet*, que nos pone en contacto con todas las leyes del mundo, podemos decir realmente que los abogados nos encontramos ante un panorama nuevo. Nuestro universo jurídico se ha ampliado enormemente, pero al mismo tiempo todo sus elementos se han vuelto más próximos, se ha acercado a nosotros: el mundo del Derecho se ha transformado en una *aldea global*, como lo anunciaba paradójicamente hace muchos años Marshall MacLuhan.

¿Cómo van a ser los códigos, las leyes, los libros jurídicos cuando se utilicen plenamente las nuevas técnicas de transcripción y recuperación de información? Quizá deberíamos preguntarnos si existirán códigos o si sólo consultaremos el CD-ROM, cruzando mediante el hipertexto todas las fronteras entre ley, doctrina y jurisprudencia.

Pienso, sin embargo, que el papel siempre será necesario. Pero no cabe duda que en la práctica profesional utilizaremos mucho más la transcripción computarizada de esos textos. Ahora bien, el acceso multiforme y no secuencial a la información legal que proporciona este nuevo medio, no es inocuo respecto del pensamiento jurídico. No es una mera facilidad sino que, de alguna forma, va a influir sobre el razonamiento de los abogados; es así como la aplicación del Derecho -e incluso su formulación- sufrirá también importantes variaciones cuyos alcances no podemos determinar.

Por otra parte, los adelantos en esta materia hacen posible que la computadora no sólo brinde espléndidamente información inerte para que los abogados y jueces le den vida, sino que la inteligencia artificial puede ayudar en el proceso mismo de animar esa información a través de un razonamiento. Esto quiere decir que la informática no se limitará a ofrecernos un banco de datos para que nosotros pensemos, sino que además pensará por nosotros en el análisis de los casos jurídicos.

Los hombres de Derecho pueden dormir tranquilos: la computadora nunca los reemplazará. No es posible que una inteligencia mecánica pueda dar una opinión legal útil ni resolver de manera justa un caso judicial. Y ello debido a que, afortunadamente, cada vez tenemos menos la idea de que el Derecho es una ciencia exacta.

La modernidad creyó en algún momento que el Derecho podía ser aplicado con la misma certeza como se resuelve una operación matemática; por consiguiente, las leyes tenían que ser unívocas, libres de toda ambigüedad, y el razonamiento a partir de ellas consistía simplemente en la operación de una lógica deductiva. Las leyes del Derecho tenían que ser tan inexorables y ciertas como las leyes de la naturaleza. De esta manera, siempre debía haber una y sólo una solución correcta a cada problema jurídico.

Si el Derecho fuera una suerte de matemática de la normatividad como lo pretendía esa ilusión, llegará un momento (si no ha llegado ya) en que las computadoras podrían realizar todo lo que actualmente hace la profesión legal. Pero el Derecho no es nunca la aplicación de una mera planti-

lla abstracta a una realidad concreta, no es nunca una mera deducción sino que también tiene mucho de invención: la interpretación no consiste en simplemente encontrar lo que ya estaba en la ley misma quizá un tanto oculto o confuso - llámese la voluntad del legislador o como se quiera- sino en crear una solución para el caso, con la ayuda de la ley; usamos la ley como material de construcción, pero con ella tenemos que construir, es decir, tenemos que configurar un diseño único para cada caso, tomar opciones con decisiones que no se derivan de la ley misma sino de la apreciación personal del juzgador o intérprete.

La computadora puede imitar extraordinariamente el razonamiento lógico del ser humano, pero no puede inventar, no puede optar si no se le dan las bases racionales para hacerlo: la computadora tiene hasta cierto punto la facultad de la razón, pero no tiene capacidad imaginativa. Y quizá lo que distingue al ser humano de las cosas (entre ellas, las máquinas) no es su capacidad combinatoria o cálculo (razón) sino su imaginación (creatividad). Y el hombre de Derecho hunde las raíces de su actividad en lo más profundo de lo humano. Es por ello que, al analizar una situación desde la perspectiva jurídica, se ve obligado a construir por sí mismo una solución asumiendo cuando menos dos tipos de opciones: tiene que decidir sobre la naturaleza de los hechos y tiene que escoger entre las numerosas posibilidades de interpretación que siempre le ofrece la ley. Y eso no lo puede hacer una computadora.

Sin embargo, hecha esta aclaración y con la seguridad de que la computadora nunca podrá desarrollar **todo** el razonamiento judicial hasta encontrar una solución al caso, no cabe duda de que la inteligencia artificial puede avanzar mucho en los aspectos lógicos del razonamiento jurídico, deteniéndose y preguntando al ser humano lo que piensa respecto de determinadas situaciones, a fin de continuar con una u otra línea de razonamiento. La computadora puede decirle al juez: *Con los datos que usted me ha dado, no cabe duda de que los actos de **Primus** están en el origen de los daños sufridos por **Tertius**. Pero agregaría: Note que los actos de **Primus** afectaron en primer lugar a **Secundus** quien, al tratar de evitarlos, produjo el daño a **Tertius**. Aho-*

ra bien, antes de seguir con mi análisis tengo que saber qué piensa usted, señor ser humano, respecto de las teorías de la causalidad, cómo entiende la causa adecuada (para lo cual le puedo exponer las diferentes teorías que han sido planteadas y entre las cuales usted quizá encuentre alguna que le satisfaga), cuál es su criterio para distinguir los daños remotos, etc. La misma computadora le ofrecerá adicionalmente textos de los más importantes autores sobre esta materia y le presentará la jurisprudencia pertinente; pero será el hombre de Derecho que la consulte quien se formará su propia opinión sobre el problema y adoptará la decisión que le parezca más justa o conveniente.

Por consiguiente, la computadora no suplantará al juez o al abogado pero se convertirá en un asesor legal, en un amigo profundamente conocedor de normas y doctrinas, cuya ayuda será invalorable. Facilitará al juez o al abogado el procesamiento de la información del caso y de las leyes aplicables, le pondrá al alcance la doctrina relevante, avanzará con una seguridad extraordinaria en los aspectos de razonamiento mecánico y le planteará los verdaderos problemas del caso que el juez o el abogado tiene que asumir por sí mismo.

Muchas veces he dicho que es muy peligroso jugar a visionario, porque la historia siempre nos depara muchas sorpresas (¡menos mal!). Pero hay novedades que ya no son un futuro remoto sino que sus pasos iniciales comienzan a formar parte de nuestra vida diaria. Y creo que lo antes mencionado pertenece a esta categoría.

Esas novedades estimulan pero atemorizan, nos abren esperanzas de nuevas posibilidades pero nos cancelan estilos y formas de ser, ofrecen mucho pero nos hacen ver nuevas limitaciones actuales. Algunos preferirían que las cosas no cambien, que la profesión de abogado siga siendo como lo es hoy. Eso es un imposible. El hombre de Derecho actual es distinto y hace cosas diferentes que el hombre de Derecho del siglo pasado; y el hombre de Derecho del mañana hará cosas que no son las de hoy. Tiene poco sentido luchar contra el futuro. Aprendamos, más bien, a convivir desde ahora con él.

Los delitos aduaneros: El contrabando

Reinaldo Calvachi Cruz

1. Algunas consideraciones iniciales

El delito aduanero, y específicamente el contrabando, son males endémicos del país. La herencia evasora arranca desde la época colonial y, por tanto, es el mismo antiguo mal que sólo ha ido adquiriendo nuevas connotaciones y está profundamente arraigado en nuestra sociedad; por ello, todos los *esfuerzos* para su erradicación y extirpación han devenido en proyectos insuficientes y frustrantes.

No puede afirmarse que en el caso del contrabando, el delito aduanero por antonomasia, sólo concurren conductas evasoras per-se, sino más bien es necesario transparentar el análisis reconociendo que existe una enmarañada red de corrupción que contamina de manera no focalizada sino global a todos los estamentos concurrentes, aunque es necesario aclarar que no a todos los actores de dichos estamentos. Si bien corrupción y contrabando no son sinónimos comparten un convivir simultáneo; el uno alimenta al otro y el otro encuentra en aquel su vía de escape. Por otro lado, la administración de aduanas ha sido vista como un botín político en la que de manera soterrada aún se afirma se pagan por los cargos. La sociedad no ha ejercido una eficiente presión política para que la administración de aduanas cambie de rumbo, mucha de la economía del país tiene en el contrabando su fuente de subsistencia. En definitiva, en la administración de aduanas persisten viejos y arraigados problemas que cualquier solución deberá mirar su complejidad pero ante todo deberá ser firme y decidida desde el ámbito político.¹

Asimismo en el mundo actual en que las relaciones económicas entre los Estados tiende hacia regímenes de libre tráfico de las mercancías, en especial entre aquellas naciones que conforman bloques regionales, es necesario compatibilizar las normas aduaneras con aquellos presupuestos, lo que significará armonizar libre comercio y represión del contrabando.²

Vistas así las cosas, la norma positiva que sanciona el contrabando no puede por sí sola frenar las conductas criminales dentro de este ámbito. El derecho penal no está para resolver los problemas de la criminalidad, es la respuesta más dura que da el Estado pero ni mucho menos es la única ni la más efectiva; la solución por tanto, no pasa sólo por la norma sino que también la misma debe estar acompañada de una decisión de política criminal y, aún más, de una política general de Estado.³

Por ello, es necesario mantener de manera permanente un programa contra el contrabando aduanero y contra la corrupción que va de la mano con este ilícito. Es necesario transparentar el manejo aduanero de tal manera que la sociedad pueda ser un contralor social y que la percepción que

tenga acerca de la utilidad del control de la evasión sea positivo. Se debe adoptar un camino claro, público, que genere confianza en la institucionalidad del Estado, que sea viable y con objetivos precisos.

Por otro lado, la criminalidad que entraña este tipo de ilícitos económicos no podría ubicársela exclusivamente en la denominación de los delitos de cuello blanco ya que, si bien en muchos casos la complejidad de los mismos y la calidad de los infractores hace que la catalogación sea la adecuada, no es menos cierto que en muchos otros concurre una criminalidad común. En conclusión, en los delitos aduaneros concurren una diversidad de agentes, de formas de conductas y de motivaciones.

En nuestros anteriores artículos publicados en esta revista ya hemos descrito en que consisten los distintos elementos doctrinales que permiten describir el tipo legal, por eso, en el presente entraremos directamente en el análisis de esta figura penal.

2. El contrabando y el bien jurídico protegido

En el orden de los delitos económicos el objetivo supremo de protección es el orden económico, en el cual el Estado de Derecho es, en última instancia, el que pervive como reflejo de tal orden. La administración pública se alimenta de los ingresos fiscales y uno de estos es precisamente el ingreso impositivo mediante el control aduanero. La afectación a la funcionalidad del Estado también opera por la evasión ilícita del control aduanero.

Entendido de manera general, el contrabando consiste en la introducción o la extracción ilegal de mercancías de un país. La concurrencia de esta conducta ilícita no sólo afecta patrimonialmente al Estado sino que también lo hace de manera extensiva a la industria nacional, y en cuanto ésta tiene incidencia decisiva en el orden económico, se entiende que también el ilícito produce efectos lesivos en bienes o intereses jurídicos de orden particular. El marco constitucional en un Estado democrático y social de Derecho establece los límites de la punibilidad, en definitiva, determina cuales son los bienes jurídicos protegidos.⁴

De lo expuesto se concluye que en el delito de contrabando no sólo existe el bien jurídico protegido del orden económico, sino el de funcionalidad patrimonial de la administración pública. Cuando interviene en el ilícito un funcionario público o una persona que ejerce las potestades estatales, se entiende que se afecta también al interés o bien jurídico de la fe pública depositada en dicha persona. Así mismo, el contrabando no sólo se contrae a afectar aspectos patrimoniales de la administración pública sino que también abarca a su deber de control del comercio internacional,

puesto que existen ilícitos aduaneros que no afectan a la capacidad recaudadora del Estado.

En el caso de los particulares, el delito lesiona a la industria y comercio nacionales y su afectación produce la pérdida de empleos, la generación de una economía subterránea, daños a la propiedad intelectual, la venta de mercancías sin garantía para el consumidor final y, en general, causa un grave daño a la economía nacional. En vista de estas consideraciones el orden económico y su protección penal abarca un espectro extensivo que incluye a la administración pública y a la colectividad en general.⁵

3. El tipo objetivo

3.1 Sujetos activo y pasivo

En cuanto al sujeto activo las normas de la Ley Orgánica de Aduanas no establecen ninguna calificación especial; está dirigido, por lo tanto, a cualquier persona que incurra en la conducta descrita en la hipótesis abstracta; sin embargo, está implícito que el contribuyente o su representante vinculados a la mercancía traficada ilícitamente son en primera instancia los responsables de los resultados del delito.

La concurrencia a título de participación en el ilícito de un funcionario público, que consta en el artículo 85 de la mencionada Ley, no califica al sujeto activo, tiene sí el efecto de agravar la sanción para dicha persona.

Conviene precisar si la persona jurídica es susceptible de ser sancionada en el cometimiento del ilícito. Sabido es que este ente jurídico carece de conciencia y voluntad y no se le puede aplicar la sanción característica de la privación de la libertad; no obstante, no es menos cierto que en la actual economía se ha verificado que se crean entes jurídicos con el fin expreso de cometer ilícitos, y que así mismo, en otros casos aunque una persona jurídica actúe en el ámbito de la legalidad las personas se valen de ella para cometer delitos. Al ser el Código Tributario ley supletoria se entiende que a las personas jurídicas se les puede sancionar desde el ámbito penal atribuyéndoles responsabilidad real y solidaria con sus representantes, directivos, gerentes, administradores o mandatarios, quienes serán sancionadas pecuniariamente, según lo prescribe el artículo 347 de dicho Código.⁶

En cuanto al sujeto pasivo de la infracción es la administración pública central representada por la administración de aduanas que intervendrá por medio de sus delegados como parte en los juicios penales por contrabando y demás delitos aduaneros.

3.2 Objeto material de la acción

En esta clase de delitos en los cuales se produce un daño efectivo de orden patrimonial a la administración pública, el objeto material de la infracción se contrae al no pago de la obligación tributaria. Ahora bien, los instrumentos con los que se cometen tienen que ver con la mercadería que se pretendió introducir o exportar; por ello, la prueba debe conducir a la demostración material de la existencia de dicha mercadería y su conexión con la evasión. En suma, no es posible presumir el contrabando si no se prueba legalmente la existencia de la mercadería sobre la cual se pretendía evadir el pago. Sin embargo de lo expuesto, cabe que el ilícito se realice en virtud de la supuesta existencia de una

determinada mercadería; en ese caso la prueba debe apuntar a la documentación con la cual se pretendió demostrar la existencia de la presunta mercadería.

Existen delitos aduaneros en los cuales no hay daño patrimonial ya que la obligación se contrae exclusivamente al control de mercadería que no tributa. En este caso el objeto material se refiere a la misma mercadería que no ha sido objeto del control, y para dicho efecto, los mecanismos probatorios son los mismos descritos en el párrafo anterior.

3.3 Acción típica y resultado. Acción y omisión

El delito de contrabando aduanero produce un daño efectivo en el patrimonio público; por ello este delito acarrea el resultado concreto de causar un perjuicio al fisco, verificado a través de la evasión del pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación; en este segundo supuesto el perjuicio no es patrimonial en primera instancia aunque sí lo puede ser posteriormente y de allí también el objeto de la sanción.

La acción típica del delito de contrabando es idéntica a la de defraudación fiscal, pues consiste en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño, sólo que en aquel están vinculados al ilícito y clandestino tráfico internacional de mercaderías. En el artículo de la defraudación fiscal, publicado en la revista *Iuris Dictio* No. 4, ya se analizó la acción típica en los supuestos descritos; por tanto, es pertinente remitirse a dicho análisis. A pesar de ello, es necesario reparar que en el delito de contrabando aduanero cobra vital importancia la clandestinidad de la acción, es decir, que es realizada en forma encubierta, oculta, secreta, con el efecto directo de eludir totalmente el control aduanero. Para Zavala Egas clandestinidad y ocultamiento no son sinónimos, porque *...la primera es real cuando se evade el control aduanero en forma total, la segunda se produce durante el proceso de dicho control.*⁷

Es necesario analizar los supuestos que el artículo 83 de la Ley Orgánica de Aduanas establece como delitos aduaneros, pero no debe dejar de vincularse estas hipótesis con los verbos rectores constantes en el artículo 82 del mencionado cuerpo legal. Los casos son los siguientes:

1. La entrada de mercancías al territorio aduanero, o la salida de él sin el control de la administración aduanera. Éste es un caso de contrabando de importación y de exportación en el cual la elusión del control aduanero es realizada exclusivamente mediante una acción, lo que significa que no se puede realizar por omisión; sin embargo, cabe esta segunda alternativa en el caso de la intervención fraudulenta de un funcionario aduanero que coludido con el evasor omite su deber de control. Es un delito de acción con resultado. Cabe la tentativa.
2. La carga o descarga de mercancías de un medio de transporte sin control de la administración aduanera. Es igual al caso anterior en cuanto a la clandestinidad y la modalidad del acto. Está implícito en el tipo que la acción sea realizada fuera de los recintos aduaneros, en ese caso se establece un presunción del delito.
3. El lanzamiento de mercancías de un medio de transporte, eludiendo el control aduanero. Este es un delito de acción con resultado. En algunos casos puede ser difícil

- probar la vinculación entre la mercadería lanzada y la persona a quien se le imputa dicho acto si el mismo no fue presenciado por la autoridad o por un tercero que corrobore el dato. También en este caso cabe la tentativa.
4. La modificación del estado de las mercancías entre el punto de franqueamiento de la frontera aduanera y el distrito de destino. En este caso la mercadería no ha variado desde el punto de franqueamiento al de destino, lo que aquí se contempla es la falsedad de los documentos de importación o la declaración del estado de la mercadería. Es un delito de acción con resultado. En estricto rigor éste no es un asunto de contrabando sino que se trata de un delito de defraudación aduanera ya que falta el elemento de la clandestinidad. Cabe la tentativa.
 5. La utilización no autorizada de un lugar, puerto o vía no habilitado para el tráfico internacional de mercancías salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor. La salvedad que se establece no es eximente de la declaración posterior; por ello, si el lugar, puerto o vía no dispone de aduana es obligación del contribuyente o responsable comunicar inmediatamente a la administración de aduana para que realice la verificación y se produzca el pago y con ello se desvirtúa una posible presunción de un aprovechamiento malicioso y clandestino de las circunstancias que originaron la fuerza mayor o caso fortuito.
 6. El abandono de mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras. Aquí el abandono conduce a la presunción de tentativa de contrabando aduanero. Es un delito de acción que no admite conductas omisivas. La prueba en este caso es difícil y se asimila al caso 3.
 7. La venta, transferencia o el uso indebido de mercancías importadas al amparo de regímenes suspensivos de pago de impuestos, o con exoneración total o parcial, sin la autorización previa del gerente competente. Es un delito de acción con condiciones objetivas de punibilidad, la autorización previa de la autoridad competente hace que el delito sólo pueda ser verificado si se consuma; por lo que no es posible una tentativa.
 8. La tenencia o movilización de mercancías extranjeras sin la documentación que acredite su legal importación. Es un delito de acción en el cual no cabe la tentativa. En este delito aduanero existe clandestinidad ya que no se refiere a su presentación en la administración aduanera sin los documentos legales, sino más bien hace alusión a un estado de hecho en el cual el agente es sorprendido en dicha práctica.
 9. La falta de presentación del manifiesto de carga total o la tenencia de mercancías no manifestadas a bordo de un transporte internacional. El primer supuesto es un caso de omisión simple en el cual la conducta omisiva está descrita en el tipo; en estos delitos no cabe la tentativa. La segunda hipótesis es también una omisión simple y por ello no puede interpretarse como un delito de acción por la presencia del verbo "tenencia". Lo que existe es un ocultamiento doloso en la declaración.
 10. La falsa declaración aduanera respecto del tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la diferencia de los tributos causados exceda del diez por ciento. Es un delito de acción en el que existe una falsedad documental ideológica cuyo objetivo es eludir el pago de impuestos en base al engaño fraudulento. No admite tentativa ya que el acto sólo se verifica con la declaración. Tampoco cabe realizar la conducta por medios omisivos.
 11. La falsificación o alteración de los documentos que deben acompañarse a la declaración aduanera. Este es un caso donde caben la falsedad ideológica, la material y la ideal.⁸ El tipo legal debió emplear la palabra falsedad antes que falsificación ya que la primera comprende al género de los actos que alteran la verdad documental y el segundo es un tipo de aquellas.
 12. La sustitución de mercancías para el aforo físico. Es un caso de defraudación aduanera en el cual existe engaño pero no clandestinidad del acto para efectos del control. Es un delito de acción con resultado.⁹
 13. La violación de sellos o precintos u otras seguridades colocadas en los medios y unidades de transporte. Es igualmente un delito de acción con resultado. Cabe la tentativa porque fácticamente el proceso puede concluir aún antes de que efectivamente se produzca el resultado dañoso.
 14. La salida de mercancías de las bodegas de almacenamiento temporal o de los depósitos, sin el cumplimiento de las formalidades aduaneras. Es un caso de defraudación aduanera, pues la clandestinidad no está referida a eludir el control de ingreso sino que consiste en un paso posterior.
 15. La ejecución de actos idóneos inequívocos dirigidos a realizar los actos a que se refieren los literales anteriores, si éstos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del infractor. Esta es una fórmula general para el caso de tentativa en relación directa de los casos descritos. El genérico descrito como tentativa abarca también la situación del delito frustrado, sin embargo, inexplicablemente restringe el tipo al caso de arrepentimiento eficaz.
 16. La falsa declaración sobre los valores del flete y del seguro relacionados con el tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías. Es otro caso de falsedad documental ideológica mediante el cual se trata de defraudar al fisco. No admite tentativa puesto que es un delito formal; basta en este caso la presentación de la documentación adulterada independientemente del resultado.
- Constituyen además delitos aduaneros los que constan en otros cuerpos legales y se entiende deben ser sancionados de conformidad con las normas de la Ley Orgánica de Aduanas y las privativas que impongan aquellas leyes.¹⁰

3.3.1 La tentativa

Como se ha visto, a pesar de que el literal o) del artículo 83 de la Ley Orgánica de Aduanas establece que en los casos descritos en los literales anteriores se sancionará la tentativa, desde un punto de vista fáctico en algunos de ellos no cabe la misma. Por otro lado, ya se expuso que la fórmula descrita adolece de una falla de técnica jurídica. Adicionalmente el lugar donde ha sido ubicada la norma no es el más adecuado: debió hacerse en un artículo independiente.

La tentativa se inscribe doctrinariamente en el proceso conocido como el *iter criminis*, es decir, en el camino del delito, pero para que esto acontezca en la realidad es necesario que la hipótesis descrita en el tipo penal admita una

fraccionabilidad de los actos. Del sucinto análisis de los tipos descritos es evidente que algunos de ellos no admiten fragmentación en el proceso ejecutivo, consisten más bien en un solo acto. En la descripción de las conductas que constituyen delitos aduaneros existen algunos delitos que son ya formales, ya de omisión simple, ya con condiciones objetivas de punibilidad, y en todos ellos no cabe otra posibilidad que la consumación sin que puedan darse situaciones de tentativa.

4. El tipo subjetivo. Dolo y culpa

No cabe ninguna duda de que en los delitos aduaneros, y específicamente en el contrabando, no cabe la culpa; estos delitos sólo pueden ser realizados con conciencia y voluntad, es decir, con representación y aceptación del resultado. Si se demuestra culpa, esto es, que el agente ha actuado sin representación del resultado o que, representándolo en su mente, no lo haya aceptado, no hay punibilidad y el hecho tendrá otras consecuencias jurídicas pero en ningún caso penales.¹¹ Zavala Egas dice que: *Por otra parte, en cuanto al elemento subjetivo de la conducta, no puede existir contrabando sin el dolo. No es concebible un contrabando culposo punible. Si se da cualquier circunstancia de exclusión del dolo, como el error, se excluye, asimismo el contrabando punible.*¹²

El segundo inciso del artículo 81 de la Ley Orgánica de Aduanas determina que para la configuración de los delitos se requiere la existencia de dolo; en ese sentido, cabe perfectamente la presunción de dolo contenida en el artículo 33 del Código Penal, pero esto no significa en ningún caso presunción de culpabilidad como algunos han querido interpretar. La presunción de inocencia no se ve alterada por la presunción de dolo, lo que establece la norma referida es acerca de la modalidad del acto y no otra cosa.

5. Concurso de personas

La legislación ecuatoriana distingue el grado de participación a título de autores, cómplices y encubridores y para cada caso establece una diferenciación en la punibilidad. El Código Penal es ley supletoria, y por lo tanto, se aplicarán los principios que lo rigen para el caso de los delitos aduaneros.

El artículo 85 de la Ley Orgánica de Aduanas establece una situación especial que lo denomina como delito agravado. Dice que si en el delito aduanero participa un empleado o funcionario del servicio aduanero, éste será sancionado con el máximo de la pena y con la destitución de su cargo. Esta concurrencia de un funcionario de aduanas en el cometimiento del ilícito no es una circunstancia que agrava la situación de los otros partícipes, ya que sólo le afecta a dicho funcionario. Se excluye por ello la comunicabilidad de las circunstancias personales.

Para el caso del comerciante matriculado, la sanción abarca la cancelación definitiva de su matrícula de comercio o su equivalente. En este caso también la circunstancia personal afecta sólo al que ostenta la calidad de comerciante, siendo ésta irrelevante para los otros partícipes.

Merece resaltarse que si bien en principio el agente o sujeto activo es el contribuyente o su representante, es fre-

cuente que en la concurrencia de personas en el delito intervengan otras personas que no tienen dicha obligación y que esa participación puede ser a título de autores, cómplices o encubridores.¹³

6. Penalización

El artículo 84 de la Ley Orgánica de Aduanas, que establece las sanciones, inicia disponiendo que las mismas son *acumulativas*. El legislador utiliza mal el término acumulativas ya que en realidad en Derecho Penal la acumulación corre para un mismo tipo de sanción, por ejemplo, si en un mismo proceso el reo es sentenciado por varios delitos concurrentes sancionados con prisión o reclusión, la pena debe ser aplicada atendiendo las reglas del artículo 81 del Código Penal. La norma debería decir que a la pena de prisión le son concurrentes accesoriamente cualquiera de las otras establecidas en la misma. Las sanciones establecidas en el mencionado artículo son:

- a) Prisión de dos a cinco años. Esto significa que si se impone una medida cautelar de orden personal la misma podrá ser susceptible de caución.
- b) Decomiso de las mercancías materia del delito y de los objetos utilizados para su cometimiento, inclusive los medios de transporte, siempre que sean de propiedad del autor o cómplice de la infracción. En caso de que el medio de transporte no sea de propiedad del autor o cómplice de la infracción, previamente a la devolución del mismo se impondrá a su propietario una multa equivalente al 20% del valor CIF de la mercancía. El decomiso de mercancía y de los instrumentos del delito cumple dos funciones fundamentales: 1. Son el medio de prueba para establecer la existencia material de la infracción, ya que conducen a la determinación del objeto material de la misma; 2. Cumplen el efecto real de la sanción y para el efecto se seguirán las normas de remate o adjudicación de los bienes de conformidad con la ley luego de que se haya pronunciado sentencia condenatoria.
- c) Multa equivalente al 300% del valor CIF de la mercancía objeto del delito. En el proceso deberá constar prueba suficiente para establecer el valor real de la mercancía. La norma no establece si la valoración del bien es a la fecha del ilícito o a la fecha en que se emita sentencia, lo que significará que se tome en cuenta la depreciación y estado actual del bien. Se debe recordar que los procesos judiciales en el país son lentos, y por ello, hasta que se emita sentencia el bien puede estar decomisado durante varios años. La lógica indica que el valor debe ser a la fecha en la que se cometió el ilícito.
- d) Si el autor, cómplice o encubridor fuere un agente de aduana, sin perjuicio de las sanciones que correspondan se le cancelará definitivamente la licencia. Esta es una pena accesoria a la privación de la libertad e interdictiva consistente en la privación del ejercicio profesional y es igual que la que se aplica al comerciante matriculado y consta en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Aduanas. Estas sanciones no guardan concordancia con el principio constitucional de proporcionalidad de la pena (numeral 3 del artículo 24 de la Constitución Política). La pena o sanción se extingue con su cumplimiento pero en estas accesorias no es así y duran toda la vida, por ello, es injusta y atentatoria contra las normas del debido proceso.

7. Prescripción de la acción y de la pena

El artículo 94 de la Ley Orgánica de Aduanas establece la prescripción de la acción penal, y en cuanto a los delitos aduaneros, determina que prescriben en el plazo de quince años y que dicho plazo correrá, hubiere o no, el respectivo enjuiciamiento penal. Esta norma se aparta de las disposiciones que constan en el artículo 101 del Código Penal y crea una distorsión inaceptable en cuanto se refiere a la prescripción de la acción penal al disponer que no se hace distinción entre la fecha de cometimiento del acto y la iniciación del proceso penal, por tanto, se plantea un conflicto entre ambas normas.

La situación planteada representa un conflicto de leyes ya que se debe dilucidar cual es la norma aplicable. Para solucionar el problema es necesario recurrir a lo determinado en el artículo 143 de la Constitución Política, y en virtud de ello, prevalecen las normas de la ley especial por cuanto ésta ha sido declarada con jerarquía y calidad de orgánica por el Congreso Nacional mediante Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001), en cumplimiento de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Vigésima Segunda de la Constitución Política.

A pesar de que la norma constitucional prevalece, no es menos cierto que desde el punto de vista de la especialidad de la norma no cabe duda que la contenida en el Código Penal es especial respecto de la que consta en la Ley Orgánica de Aduanas. Para efectos de determinar cuál es la norma

aplicable desde la especialidad de las mismas, no debe confrontarse un cuerpo legal contra otro sino que debe hacerse la norma contra norma. Es lamentable que no sea aplicable la norma del Código Penal ya que ésta regula la prescripción de la acción de una manera racional y distinguiendo las distintas situaciones jurídicas.

En cuanto a la prescripción de las sanciones, el artículo 95 de la Ley Orgánica determina que la pena de prisión prescribe en el doble de tiempo que la prescripción de la acción penal, contado desde la ejecutoria de la sentencia si no hubiese sido aprehendido el infractor. La citada norma no determina si se refiere a la prescripción de la acción que consta en el Código Penal o a la de la Ley Orgánica de Aduanas. Si se refiere al primer caso, la prescripción es de 10 años; si es sobre el segundo caso, la prescripción es de 30 años. Parecería que la norma hace referencia a la norma del artículo 94 de la Ley Orgánica de Aduanas; si es así, salta a la vista que no hay una proporcionalidad lógica entre la sanción (5 años de prisión) con la prescripción de la misma (30 años).

La sanción pecuniaria por delito, contravención o falta reglamentaria es imprescriptible. En este caso también existe una desproporción que rebasa las consideraciones jurídicas que rigen estas instituciones. El supuesto agravamiento de las prescripciones tanto en la acción y cuanto en la sanción, en un país como el nuestro, pueden producir el efecto contrario al buscado, ya que se pueden constituir en una fuente de corrupción.

Notas

1. Respecto del contrabando como práctica común en todas las colonias de Hispanoamérica y sobre la conexión entre corrupción y contrabando que subsiste hasta nuestros días, Gustavo Pérez hace un interesante estudio en el cual dice que: *Para poder llevar a cabo el análisis de este tema es necesario definir algunos conceptos que me parecen adecuados para abordarlo, definiremos el concepto de "corrupción", tan ligado al "contrabando". ...en el caso del Río de la Plata en el siglo XVII la corrupción - en tanto fenómeno masivo - consistió fundamentalmente en la infracción regular de un repertorio fijo de normas que limitan la integración de los representantes de la corona en la oligarquía local, es decir, en la participación de actividades económicas. El hecho de que una de esas actividades estuviera prohibida, el contrabando oscurece lo esencial del fenómeno. La confusión aumenta con la utilización del término corrupción, cargado de anacrónicas connotaciones delictivas. (Moutoukias, 1988; 219). La corrupción se puede entender no como una aberración del sistema, como un conjunto de excesos, sino como uno de los medios privilegiados del sistema para permitir esta búsqueda de equilibrio entre intereses a veces contradictorios, y salvando a su vez la autoridad del monarca, la corrupción era una verdadera válvula de escape a las contradicciones del sistema, e incluso algunos autores consideran que este solo funcionaba gracias a ella. (Gelman; sf, pp,6). Lo que se trata de explicar es que estos funcionarios entendían que no eran desleales al rey solamente a algunas leyes porque tal vez eran contradictorias o ambiguas. ... entre la burocracia hispanoamericana se observan predominantemente cuatro tipos de corrupción, comercio ilícito, cohechos y sobornos, favoritismo y clientelismo y finalmente venta de oficios y servicios burocráticos al público. (Pietshmann sf;21).*

En este trabajo se analizará el primero de estos tipos de corrupción, que es el comercio ilícito o contrabando, en donde participan diferentes agentes que se relacionan en forma muy estrecha, creando lazos que perduran a pesar de los cambios que se implementan por parte de la corona para tratar de desestabilizar este ilícito y poder controlar o disminuir el poder que alcanzan estos grupos dentro del sistema comercial, político y económico. Estas transgresiones a las normas y leyes no

Notas

se ciñó solamente a la burocracia sino que se extendió al público en general, que requirió los servicios de la burocracia. Algunos autores muestran esta práctica de comercio ilícito como consecuencia de la incapacidad de la industria española para abastecer debidamente los mercados americanos en creciente demanda, como consecuencia del aumento de la población y de la riqueza y por último la fuerte presión ejercida por potencias europeas en ciertos puertos americanos. (Sanchez Barba; 1961; 182)... Esta situación lleva a que se analicen las vinculaciones de los funcionarios y un grupo de comerciantes locales que posibilitan este comercio ilícito. Algunos autores tratan de explicar el fenómeno de la corrupción de la administración, a los bajos sueldos percibidos y a la demora del pago de los mismos, a la falta de una carrera administrativa, la venta de los cargos públicos; Host Pietschmann (Pietschman; sf, pg,23) señala que, cuando a mediados del siglo XVII la corrupción de los funcionarios se había generalizado y cuando intentos anteriores de reprimirla habían fracasado, en gran medida la corona empezó a participar en los negocios, mediante el beneficio de empleos de justicia y gobierno.

Existe una legislación abundante que reglamenta la organización interior de este aparato administrativo, que dio normas para la ejecución del poder conferido a los funcionarios que lo componían, y sobre todo, intentó precaver de los abusos de los funcionarios. ...El ideal que persigue esta legislación es claramente el funcionario imparcial, incorrupto, que se dedica por completo al logro del bien de la corona y del público.

Otra situación que se da es la de los habitantes de Buenos Aires que poseían el capital necesario para comprar los cargos, entraban a formar parte de la administración, concentrando de esta manera el poder político y el socioeconómico, formándose de esta manera una elite con importantes poderes...

Otro grupo importante en el comercio marítimo es el de los militares, Moutoukias enumera algunos casos en donde aparecen involucrados frecuentemente oficiales, así como algunos soldados, este grupo se encontraba de forma inmejorable para participar en la vida mercantil de la ciudad...

A todas estas irregularidades la Corona trata de controlar a través de la legislación, pero no logra su objetivo. Todas estas medidas eran contradictorias, por un lado se trataba de erradicar el contrabando legislando sobre el comercio y por otro otorgaba beneficios para comerciar y aceptando el pago de indultos por delitos a cometer, son abundantes los documentos con los que se cuentan en donde los propietarios de las cargas efectúan este pago antes de ser corroborado el ilícito, en algunos casos, los indultos superaban el valor de las cargas, como por ejemplo el del capitán Miluti, en 1671 aceptó pagar 35.000 pesos entre licencia e indulto para transportar una carga de 33.400 pesos, en Buenos Aires; los fraudes estaban tan generalizados y profundamente arraigados en la navegación autorizada hacia el Río de la Plata, que los registros confeccionados por los capitanes, apenas reflejan una sombra del comercio real, por ejemplo entre 1650 y 1700 el valor declarado de los tesoros transportados a España, ascendió a 189.049 pesos, de los cuales 126.000 pesos correspondían a particulares, mientras que en un solo comiso efectuado en 1661 al capitán Manuel Tellería, se secuestraron 113.500 pesos en metales preciosos, y durante el período de 1661/99, únicamente en concepto de indulto se pagaron 217.000 pesos (Moutoukias; 1988: 227). Gustavo Rodolfo Perez, Cátedra: Historia Argentina, Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco, Sede Ushuaia, tema: *Contrabando en el Río de la Plata – Siglo xvii y primera mitad del xviii* –grperez@arnet.com.ar en monografías.com

2. En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando de España, se expresa que: *En los últimos años la aduana española ha pasado por un período de cambio sin precedentes. La configuración de la Unión Europea como un mercado interior establecida en el Acta Única Europea ha traído consigo la libertad de circulación de mercancías sin que queden sometidas éstas a controles como consecuencia del cruce de las fronteras interiores. Esta nueva situación hace necesaria una modificación de la normativa referente a la circulación intracomunitaria de mercancías, que respondía a un modelo basado, precisamente, en la imposición y el control fronterizos, lo que aconseja, a su vez, a proceder a una adecuación de la legislación conducente a reprimir la introducción ilícita de mercancías en el territorio aduanero.*

Notas

Con la consagración del mercado único, la aduana española ha dejado de actuar como frontera fiscal para el tráfico con otros Estados miembros de la Unión Europea. El desafío fundamental del mercado único en este campo consiste en compatibilizar las facilidades dadas al libre movimiento de mercancías con la necesidad de mantener la efectividad del esfuerzo en la represión del contrabando.

3. Es interesante resaltar el objeto buscado a través del derecho penal en relación con la protección de la capacidad tributaria del Estado. Para Díaz, I. *Es imposible contradecir que, en una sociedad democrática, el objetivo básico del derecho penal es la protección eficaz de ciertos valores e intereses fundamentales de orden social, que cuentan con un amplio y significativo consenso comunitario; pero no corresponde al derecho penal la asignación de otras funciones que pueden estar debidamente cubiertas y protegidas por las restantes ramas del derecho.*

Entre aquella protección se encuentran las conductas que contradicen el deber de aportar al sostenimiento de la sociedad; sin embargo, ello no puede ser calificado a la ligera sin considerar, a su vez, la conducta del gobernante en el destino dado a los fondos recaudados coactivamente. De resultas, el análisis de toda política criminal requiere indagar en los presupuestos básicos de racionalidad en que aquella se asienta, más si se trata de criminalidad conductas tributarias, a las que una corriente doctrinaria las califica dentro de los delitos no convencionales.

Estoy convencido de antemano de que la racionalidad que exige toda política criminal no es la "racionalidad" que pregonan determinados ineficientes gobernantes, o sus administradores tributarios, y prueba de ello se encuentra en los ejemplos que muestran hoy en día ciertas unidades políticas. También estoy convencido de que incentivar desde afuera la prepotencia administrativa como método de recaudación; los "consejos" que se brindan instando hacia la falta de respeto a la ley por parte del organismo de recaudación, el intentar hacer de la Constitución Nacional una figura decorativa tan solo para "adornar bibliotecas", el gobernar por la vía de "necesidades y urgencia" en el campo tributario, la agravante e inconstitucional delegación legislativa de atribuciones tributarias no delegables al Poder Ejecutivo transformando en el poder del "príncipe" sin más control efectivo que su propia voluntad, hace que todo ello forme un bloque de violaciones sociales que le quitan toda autoridad, no sólo legal, sino moral a la Administración para expresar quejas cuando fallos ejemplares ponen coto a tales dislates jurídicos y se los hace conocer públicamente como alerta a favor de la sociedad.

*El vivir en un Estado de derecho exige primero respetar para luego exigir respeto, y no resulta principio de la buena fe que debe reinar el cometido de la Administración que el gobernante de turno se "asocie" a los negocios del administrado y que la propia autoridad pública "dibuje" figuras tributarias exonerativas o minimizadoras para descargar la carga fiscal del contribuyente "asociado de imperio" al burócrata. Vicente O. Díaz, *Las conductas publicas corruptas como incentivadoras de transgresiones económicas de repercusión tributaria*, en Periódico Económico Tributario de 27/6/01, Editora La Ley S.A.*

4. Al respecto Romeo y Castillo dicen que: *En el nuevo trabajo publicado hace un año, el Dr. Zaffaroni nos plantea en primer lugar que el DERECHO PENAL entendido como un saber, tiene como función política, a través de la interpretación de las leyes penales, servir de sistema orientador a los jueces para reducir el poder punitivo del Estado, estableciendo como presupuesto que la PENA, definida como UN ACTO DE PODER, no tiene una función al no poder probarse que haya solucionado algún conflicto social, por ello al adoptar la TEORIA NEGATIVA o AGNÓSTICA DE LA PENA, en este punto propone la idea de BIEN JURÍDICO como herramienta limitadora del ejercicio del poder punitivo estatal, para que de esta manera puedan protegerse los bienes jurídicos de TODOS los habitantes.*

A través del desarrollo del PRINCIPIO DE LESIVIDAD, como presupuesto de la imputación objetiva de un hecho ilícito (pragma conflictivo), además de la pertenencia del mismo al agente, elabora la Teoría del Delito para determinar la AFECTACION de un BIEN JURÍDICO, y de esta manera, poner otro filtro al ejercicio de la potentia puniendi por parte del Estado.

Notas

Según este principio, sólo serán imputables los hechos que a través de la comprobación de su conflictividad, afecten significativamente a un BIEN JURÍDICO.

Los BIENES JURÍDICOS serán los que la Constitución y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos protejan, y siempre con las limitaciones fijadas por estos mismos instrumentos. No es concebible un derecho interno o legislación que no respete la Constitución que da marco al Estado como tampoco a los Tratados Internacionales firmados y ratificados, hoy en día con categoría constitucional desde la reforma de 1994, en donde son incluidos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Argentina.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO versus BIEN JURÍDICO AFECTADO.

Este autor también critica el concepto de BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, reconociendo las falencias que ha tenido en su aplicación a través de la historia y entendiendo por ello, que el mismo es un CONCEPTO LEGITIMANTE del ejercicio del poder punitivo del Estado. Los bienes sólo deben estar protegidos por la Constitución y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, pero en la ley penal el concepto de BIEN JURÍDICO debe utilizarse en forma limitante de la potencia punitiva. ¿Cómo? La respuesta es conceptualizando al BIEN JURÍDICO como AFECTADO dentro de la ley penal.

Las críticas al BIEN JURÍDICO PROTEGIDO se basan en que las normas penales NO pueden tutelar a los bienes, en tanto que cuando ocurre un suceso ante el cual corresponde la aplicación de una Ley penal, este bien ya ha sido lesionado y esta lesión no ha podido ser evitada, dada la ficción de la función simbólica del Derecho Penal.

Menciona también que, basado en la función de TUTELA, el poder punitivo ha criminalizado conductas en forma ilimitada, atento que si bien se embanderan con la función de ULTIMA RATIO del Derecho Penal, siempre justifican nuevas criminalizaciones en pos de situaciones de emergencia que el Estado debe PROTEGER y como las demás agencias políticas no solucionan el problema, pretenden que lo resuelva la LEY PENAL. Esto vuelve a ser otra ficción que termina legitimando la criminalización primaria, confiscando el conflicto de la víctima y dando más poder aun a las agencias legislativas y ejecutivas en detrimento de la cuota de poder que le corresponde al Poder Judicial.

Tampoco es concebible para esta teoría la imposición de una moral a través de la creación de un bien jurídico. A diferencia de Jakobs, que atento a la funcionalidad de la sociedad, y de acuerdo a la relevancia que resulte para la misma, acepta la criminalización de determinados preceptos morales, el Dr. Zaffaroni no comparte esta actitud paternalista por parte del Estado, basado en lo normado por el art. 19 de la Constitución Argentina, determinando que es inconstitucional, por ejemplo, tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Si respetamos el PRINCIPIO DE LESIVIDAD no podrían tipificarse conductas que no lesionen o afecten a un bien jurídico, ya sea a través de una lesión específica o de una puesta en peligro del mismo.

Respecto de los tipos de peligro, para que ellos no violen el principio de lesividad ni el principio de reserva, debe meritarse ex - ante la posibilidad de existencia del peligro en el mundo real. Asimismo, al aplicarlo, se debe establecer si existió peligro o no para el bien jurídico en el caso concreto. En caso de negativa, no será típica la conducta analizada en su aspecto objetivo.

A diferencia de lo expuesto por Jakobs basado en la Teoría del Riesgo, Zaffaroni no admite como constitucionales los delitos de peligro abstracto, analizando que ante el caso de tentativa estaríamos ante un peligro de peligro de peligro, totalmente alejado de la efectiva lesión al bien jurídico y por ello inconcebible desde el marco constitucional. Paula Romeo y Mary Castillo ¿ES EL DERECHO PENAL PROTECTOR DE BIENES JURIDICOS? monografias.com

5. Para Zavala Egas el bien jurídico protegido en la ley penal aduanera ...no es la administración tributaria esencial, no siquiera el interés tributario, es la Administración Pública en general, en una de sus esferas, cual es, el control sobre el comercio exterior durante la importación y/o la exportación. En consecuencia, los delitos aduaneros no son, como generalmente se cree, específicamente tributarios. Lo son sólo en tanto sea el interés fiscal el atacado en actos de comercio internacional, pero esa no es su exclusiva naturaleza, pues, pueden haber actos de tráfico

Notas

mercantil delictuoso en los que no sea ese el interés afectado, sino la economía del país al vulnerarse su proteccionismo industrial o agrícola o quizá un valor tanpreciado como la moral pública e, incluso una tan vital, como lo es la seguridad nacional. En definitiva, la infracción aduanera delictuosa lesiona al bien jurídico protegido "Administración Pública", en cuanto reguladora de los actos de importación y exportación, para precautelar el interés general de la colectividad. Jorge Zavala Egas, *Naturaleza de la infracciones tributarias y su denominación en III Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*, Memoria, págs. 110 y 111.

6. El tema de la responsabilidad de las personas jurídicas está aún en construcción. Los principios que rigen al Derecho Penal hacen que en términos generales sea incompatible la sanción penal característica al ente jurídico. Al respecto Andrea Perrone y Sebastián Foglia dicen que: *Una problemática central de este tema la que se refiere a la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que la actividad económica se desenvuelve prevalecientemente por medio de las formas societarias. Los principios generales del derecho penal constituyen un límite infranqueable a las teorías que equiparan al individuo con la sociedad. El delito supone la concurrencia de los elementos esenciales, de modo tal que la inexistencia de cualquiera de ellos (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) implica la inexistencia de delito. Así la acción como conducta humana y la culpabilidad, tanto en orden a la imputabilidad como a las formas dolosas o culposas, no pueden ser vinculadas a un ente ideal, salvo construyendo un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios sobre los cuales tales elementos se han desarrollado.*

En este marco, solo el hombre puede ser delincuente, según Jorge de la Rúa, esto sucede aun "...cuando el hombre actúa por medio de ciertas entidades de derecho concebidas como sujetos ideales, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio de que el Estado, correlativamente, establezca a su vez medidas en relación a tal sujeto ideal, como forma o manifestación de una política de prevención que tiende a la regularidad en el manejo y funcionamiento de los entes ideales" ("los delitos económicos" Doctrina Penal 1980, Ed Depalma, pag 11).

En tanto no es posible admitir la desfiguración de los principios rectores del derecho penal, aun ante la importancia de los bienes protegidos y la gravedad de los daños de tipo económico, se hace necesario que exista otro modelo teórico, de forma de que los daños que provocan las personas jurídicas, puedan serle atribuibles a las mismas generando el deber de repararlos. Andrea Perrone y Sebastián Foglia, DELINCUENCIA ECONÓMICA Y ESTRUCTURA SOCIAL, derechopenalonline.

7. Zavala Egas Jorge, Op. cit., págs. 112 y 113.
8. Según Zavala Baquerizo, *La falsedad material consiste en la alteración de la verdad "sobre" el documento genuino; por la falsedad ideológica se hace constar en el documento declaraciones o hechos que no corresponden a la verdad, sin que el documento sea materialmente manipulado; y, por la tercera el agente inventa, crea, hace nacer de la nada el documento, es decir, el documento es ideal.* Jorge Zavala Baquerizo, *Delitos contra la fe pública*, Tomo II, Edino, 1994, Guayaquil, pág. 104.
9. La siguiente jurisprudencia bien puede ajustarse al caso para efectos de distinguir entre un contrabando y un defraudación aduanera: - 02-IV-86 (Informe 1986, p. 83) *En el hecho penal que se juzga no se han alterado o falsificado permisos, facturas, guías de movilización, marcas, etiquetas, facturas, actas de cargo o descargo o cualquier otro documento con el que se garantice el consumo, fabricación y control de bebidas alcohólicas y que son los elementos constitutivos del delito de defraudación tipificado en el número 4 del Art. 381 del Código Tributario.- Las conductas de los agentes activos de la infracción, en el caso, se encuentra caracterizada por el engaño al haber colocado, entre las jabas que contenían los timbres de control, sesenta y cuatro jabas del licor... sin timbres, con el propósito de evitar el pago de los tributos realmente debidos, acto que no pudiendo ser considerado como Contrabando, se lo estima como defraudación intencional.*
10. Por ejemplo en la *Ley de fabricación, importación y exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios* (Decreto Supremo N°. 3757) art. 30; CODIGO DE COMERCIO Art. 921; LEY DE CAMARAS DE COMERCIO Art. 20; REGLAMENTO GENERAL PARA LA APLICACIÓN DEL

Notas

IMPUESTO ANUAL DE LOS VEHÍCULOS MOTORIZADOS (Decreto No. 2085); REGLAMENTO A LA LEY DE SANIDAD VEGETAL Art. 21; REGLAMENTO DE SANEAMIENTO AMBIENTAL BANANERO Art. 44; CÓDIGO DE POLICÍA MARÍTIMA Art. 56; LEY DE TRÁNSITO AÉREO Art. 26.

11. La jurisprudencia se ha pronunciado de manera concordante con la ley y específica que cuando no existe comprobación material de la infracción por cuanto no se ha demostrado el dolo no cabe la sanción penal. El siguiente fallo hace un análisis de la prueba y llega a la conclusión del dolo, por su importancia se la incorpora en extenso en el presente trabajo. No se transcribe el Voto Salvado que consta en el fallo: - 19-I-2000 (Expediente No. 107-97, R.O. 45, 28-III-2000) ... *SEGUNDO.- El haberse invocado como fundamento del recurso de casación la causal tercera del Art. 3 de la ley de la materia, por parte de A. O., K. S., J. A., obliga a la Sala a realizar un detenido análisis del proceso, a fin de establecer, si en la sentencia que se impugna existe aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que pudiesen haber conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. De un minucioso estudio de los autos se establece que:*
- A) *La presente causa se inicia el 25 de enero de 1994 mediante auto cabeza de proceso ...;* B) *El auto cabeza de proceso hace acopio de los informes de los técnicos tributarios del Ministerio de Finanzas, I. C. y Lic. C. M., documentos que aparecen incorporados al proceso de fs. 2 a 5 y de fs. 65 a 66, respectivamente del expediente de primera instancia. De la lectura de estos informes se manifiesta con respecto al funcionamiento del Depósito Comercial Público H. del Ecuador, Guayaquil, que durante el período comprendido entre los años 1991-1993 se han detectado casos de duplicación y de anulación de las autorizaciones previas otorgadas por H. Ecuador, duplicaciones y anulaciones ilícitas que habrían permitido que una gran cantidad de mercaderías salgan de las bodegas de H. Ecuador sin haber sido previamente nacionalizadas. Los casos de duplicación de autorizaciones previas corresponden a los siguientes.... Los cuatro peritos realizaron un examen exhaustivo, caso por caso, de todos los documentos relacionados a las liquidaciones y a los pagos hechos por los importadores, presentando informes ampliamente detallados, ... respectivamente, llegando a las mismas conclusiones: todos los derechos aduaneros y multas se han cancelado, de forma tal que no se ha perjudicado económicamente al Estado ecuatoriano. En efecto, los peritos designados por el Juzgado dividieron su informe en tres partes y las conclusiones de cada una de esas partes fueron las siguientes: 'Los valores determinados en todos los casos correspondientes al presente ítem 1), han sido debidamente cancelados, pues así consta en los respectivos recibos de pago'. 'En todas estas declaraciones a consumo, correspondiente al presente ítem 2), se observa que las mercaderías han sido legalmente nacionalizadas y pagados los pertinentes derechos e impuestos'. 'En todas estas declaraciones a consumo, correspondiente al presente ítem 3), se observa que se han pagado los pertinentes derechos e impuestos,...'. El perito designado por el sindicado G. V., por su parte, llegó a la siguiente conclusión: 'Como consecuencia de lo expuesto, aparece que las empresas importadoras que utilizaron el depósito comercial público de H. Ecuador C.A. han pagado todos los derechos arancelarios, más los impuestos y las multas establecidas por la Ley y los reglamentos pertinentes, en relación con las autorizaciones previas a las que se refiere el presente informe, de tal manera que no existen 'derechos evadidos' en estas importaciones'. Pero además, se dispuso que se realizara una inspección de los documentos contables de las compañías Embotelladores E. C.A. y B. R. S.A., que sirvió para constatar que los datos contenidos en los documentos revisados por los peritos y por las autoridades judiciales pertinentes en la compañía H. Ecuador C.A. y en la Administración de Aduanas, relacionados a dichas empresas, eran correctos. Para realizar el respectivo examen el Juzgado nombró al Dr. J. Z. y al Ab. M. P. como peritos. El informe presentado por ellos (...) contiene los mismos datos encontrados en la documentación examinada en las otras diligencias. Es necesario anotar que los siete informes presentados por los peritos han sido acompañados de abundante prueba documental que respaldan las conclusiones contenidas en los aludidos informes periciales, por otra parte, en este juicio han rendido sus respectivos testimonios un gran número de personas; unas vinculadas a la Administración de Aduanas, otras vincu-*

Notas

ladas a las compañías importadoras al depósito comercial público de H. Ecuador y otras que cumplían funciones de agentes afianzados de aduana. Todas las declaraciones rendidas por estas personas, teniendo en cuenta las funciones y cargos que desempeñaban, son coherentes, guardan armonía entre sí y no contradicen la información encontrada por los peritos en las distintas diligencias realizadas.... También hay que tener en cuenta como premisa de consideración, la Ley Orgánica de Aduanas que estuvo vigente a la fecha en que se inició el juicio, y particularmente su artículo 113, que dice: 'defraudación: b) El retiro de mercadería de la zona primaria, sin la autorización de los funcionarios competentes o por faltas de declaración aduanera'. En el hipotético caso, sería trascendental tener en cuenta que durante la tramitación del proceso se dictó la nueva ley, en la que se han modificado los tipos penales y las penas. En todo caso, prevalecería la norma más benigna para los reos, por mandato expreso de la Constitución consignado en su artículo 24, número 2, que dice: 'En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado'. Pero, en uno u otro caso, siempre habrá de exigirse la prueba del dolo en el hecho que constituye la infracción. Y ese dolo no aparece, puesto que en los tres casos mencionados, lo que hubo fue un error en el manejo de la documentación, que hizo posible que saliera la mercadería sin el pago de los tributos; pero, cuando se advirtió el error se lo enmendó pagando el total de los tributos y multas. Y todo esto ocurrió antes de que empezara este proceso penal. TERCERO.- De fs. 2182 a 2188 del proceso obra el dictamen del Fiscal de Aduanas en el que considera que no se ha probado la existencia de la infracción aduanera, pues no hay prueba alguna del dolo en el hecho que constituiría la infracción. El dolo no aparece en ningún caso; lo que puede advertirse es la existencia de un error que se enmendó pagando el total de los tributos, antes de que empezara el proceso penal. Por tales razones el Fiscal se abstiene de acusar. El Código de Procedimiento Penal, en su libro tercero, título I, capítulo único, trata de los principios fundamentales del proceso penal, y su artículo 157 dice: 'La base del juicio penal es la comprobación, conforme a derecho, de la existencia de alguna acción u omisión punible. Por consiguiente, para dictar sentencia condenatoria, en el proceso debe constar tanto esta comprobación como la responsabilidad penal del acusado'. Del análisis precedente se deja establecido que lo que hubo en los casos materia de este enjuiciamiento fue un error administrativo interno, en el manejo de la documentación, que inicialmente hizo posible que saliera la mercadería importada con franquicia total o parcial al amparo de regímenes suspensivos de derechos; pero que cuando se advirtió el error se lo enmendó, obligando al pago total de los tributos que genera la nacionalización de mercadería y las multas respectivas, conclusión que tiene como fundamento las declaraciones testimoniales rendidas en el proceso, los informes periciales y el propio dictamen fiscal. El Art. 342 del Código Tributario prevé que para la configuración de los delitos se requiere la existencia de dolo o de culpa y que en el contrabando y la defraudación, -figuras del delito aduanero- los actos u omisiones que los constituyen, se presumen conscientes y voluntarios, sin embargo, la propia ley admite prueba en contrario. En el caso presente se han obrado las pruebas de descargo pertinentes, que llevan a concluir al fiscal la inexistencia del ánimo de inferir daño, constituyente sine quanon de la existencia del dolo, pues tales presupuestos no aparecen en ninguno de los casos contenidos en los informes técnicos de los funcionarios de Finanzas I. C. y C. M., informes que dieron inicio al juicio penal aduanero. La causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, invocada por los recurrentes trata de los típicos errores de juicio en que el Juez aplica la norma indebida al valorar la prueba sobre los hechos introducidos en el proceso, lo que indudablemente, en el caso, ha conducido al juzgador a una equivocada aplicación de los tipos penales contenidos en los artículos 88 literales a) y f) de la Ley Orgánica de Aduanas vigente; así como también el Art. 113 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente al momento que se inició el juicio, sin que conste del proceso la existencia de la infracción por ausencia de dolo en los hechos materia del presente proceso conforme los justificativos que han quedado analizados y la opinión fiscal a la que se ha hecho oportuna referencia. CUARTO.- Por lo expuesto, luego de las exhaustivas consideraciones

Notas

que preceden y por tener la Sala la certeza de que no se ha establecido conforme a derecho la existencia de alguna acción u omisión punible, ni la responsabilidad penal de los acusados en este enjuiciamiento, y en aplicación además de los primarios principios que informan la sana crítica y la aplicación del principio de equidad; sin que sea necesario entrar al análisis de las demás causales y fundamentos expuestos por los recurrentes, como la violación en la sentencia de la segunda disposición transitoria de la Ley Orgánica de Aduanas de 1994, que prevé la caducidad o extinción de la causa penal, por no haberse resuelto el juicio dentro de 120 días luego de expedida la referida ley, así como sin que sea necesario, tampoco entonces, entrar a analizar la prescripción de la acción penal prevista en el Art. 366 del Código Tributario y 114 del Código Penal; la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, por haberse adecuado el fallo a la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, casa la sentencia dictada por el Tribunal de lo Fiscal No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio penal aduanero No. 568-084-94 y declara por los fundamentos anteriormente anotados, absueltos a: A. O., por sus propios derechos y por los que representa de la compañía H. Ecuador C.A.; J. A., por sus propios derechos y por los que representa de la compañía Embotelladores E. C.A.; F. I., por sus propios derechos y por los que representa de la compañía B. G. S.A.; E. V., por sus propios derechos y por los que representa de la compañía I. S.A.; K. S.; así como a: J. P., J. V. y V. E. ...

12. Zavala Egas Jorge, Op. Cit., pág. 113.

13. El siguiente fallo ilustra un caso de participación: - 25-XI-85 (Informe 1986, p. 230) *Surge como verdad evidente, que quienes custodiaban la mercadería para asegurarse de que aquella llegue a un sitio no determinado en el proceso, son o eran los dueños de la mercadería, o en su defecto eran las personas contratadas por los dueños para que se cumplieran los objetivos del delito. Si aquellos no eran los dueños de la mercadería de contrabando, al haber llamado nombres de otras personas que pudieron serlo, asumieron para sí toda la responsabilidad penal, y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 42 del Código Penal Vigente, deben ser declarados autores.*

Foucault y la nueva filosofía del poder

Jorge Luis Gómez R.

No hay libro que se parezca más a la *Genealogía de la moral* de Nietzsche, que *Vigilar y castigar* de Michel Foucault. Además de los testimonios que el mismo Foucault nos brinda con respecto a esta evidente continuidad temática entre una y otra obra, con la idea de una *Genealogía del alma moderna*, su autor parece sugerirnos no solo la necesidad de rendir tributo al engarce y vertebración de los fenómenos epocales entre sí como a sus rupturas, imantaciones e infiltraciones, sino también a considerar el verdadero rol de sus positivities, vale decir, cierto grado de objetividad que termina por divorciarse de la vida al provocar la articulación de todo lo real en un *efecto de conjunto*.

Vistos y expuestos estos propósitos que indudablemente merecen nuestra atención, entre la genealogía nietzscheana y la teoría del poder de Foucault existen muchas más relaciones, además de las vinculaciones temáticas ya mencionadas, que difieren entre sí a tal punto de volverse tremendamente valioso el partir por observarlas para intentar pensar sus lugares comunes.

Comencemos por algunas de ellas: La genealogía de Nietzsche es escandalosa e irreverente por cuanto desmascara el verdadero origen de la moral, oponiéndose al carácter absoluto de sus principios mediante la afirmación de su verdadera procedencia. En *Vigilar y castigar* Foucault denuncia la verdadera causa de la prisión en la que vive el alma moderna, mostrándonos cómo se ha configurado el poder de castigar, bajo qué condiciones específicas ha devenido hasta hoy un lugar omnisciente y omnipotente, y hasta qué punto su identificación con ese aire de excentricidad y mascarada, con esa apariencia de sistematicidad e inconsecuencia, con ese poder de impacto que sobreviene luego del primer encuentro, no es más que el testimonio de su total vacuidad.

Como decimos, ambas interpretaciones cargadas de esa *violencia* que fuera de representar el coraje con el que sus autores parecen hacer manifiesta su inconformidad y su irreverencia, representan el distanciamiento que debe experimentar todo genealogista de vocación, puesto que sin él, la interpretación no llegaría a la superación de sí misma, vale decir, a la negación de su procedencia en un más allá de sí misma.

No obstante, este rasgo de la *violencia* hermenéutica que identifica a ambas obras en cuestión, la genealogía nietzscheana al situar la esencia del poder en el centro de la reflexión, parece asentarse en algo más que en una mera crítica hermenéutica.

Con el postulado de la vida como *voluntad* de poder, la genealogía de Nietzsche parece instalarse en un lugar que está ausente en la genealogía foucaultiana, por cuanto ésta

no distingue la corrección del mundo como vis configuradora de la infinita sed de acrecentamiento que representa la vida. La teoría del poder, frente a la genealogía de la moral, parece ser más crítica hermenéutica que violencia interpretativa, debido a que la hermenéutica del poder al alimentarse de los mecanismos configuradores de las épocas (Época Clásica, Transición y Modernidad), sus continuidades y discontinuidades, vertebraciones y articulaciones, da, por esto, más relevancia al encuentro y desencuentro entre ellas, y menos importancia al principio configurador en cuanto tal. En este sentido, la hermenéutica foucaultiana al reducir sus análisis a la configuración de una complejidad, o mejor, a la articulación de varios horizontes discursivos, es rica en flexibilidad como es enormemente rica en su poder de impacto y seducción hermenéutico, precisamente, con la misma versatilidad con la que no se permite identificación alguna con un sujeto, causa o idea.

Por consiguiente, el principio configurador como tal queda reducido con Foucault a un puro poder de enebriamiento, más que a descubrir su poder configurador, sin una verdadera articulación a un orden de complejidad en el cual encontremos su verdad última. Sin la idea de la vida como protagonista, sin esa cercanía al darwinismo fisiológico del que no por mera ósmosis científica el autor del Zaratustra hizo uno de sus baluartes; sin esa reflexión sobre la vida, la genealogía de Nietzsche carecería de esa ley interna que unas veces da sistematicidad a su filosofía y otras la despedaza en miles de retazos de crítica histórica, cuando no se hace manifiesta y sucumbe a los poderes misteriosos del ocultamiento con los que gusta vestirla y revestirla su autor. En pocas palabras: sin la referencia a la vida como el indiscriminado ejercicio de la fuerza, la genealogía nietzscheana habría pecado de inconsistencia.

A pesar de que esta idea pareciera intentar pedirle a la filosofía de Nietzsche precisamente aquello que carece, (en cuanto que ella elude concientemente la calificación de sistema), por lo pronto, la ausencia de una respuesta a la cuestión de la vida en la genealogía foucaultiana nos permitirá, al menos por el momento, considerar sus diferencias con la teoría del poder de Foucault.

Para exigir que el hombre funde su credibilidad como hombre, para educar al hombre como hombre de confianza, la moral occidental como *moral* cristiana ha intentado marcar con fuego y sangre un estilo, una figura específica, una mentalidad, un *hombre moral* a costa de su propia libertad y de su propia dignidad como hombre. El hombre de las promesas nace del dolor y del encarcelamiento de sus capacidades más sublimes, o mejor, es un producto de sus maquinaciones mediante la introyección de la culpa, mediante la eliminación de las incertidumbres, mediante la castración

del olvido. Con el triunfo de la memoria sobre el olvido y la inseguridad que esta conlleva, el hombre moral, el hombre culpable, sucumbe a las virtudes castrantes del rebaño. Sin embargo, el poder de ejercer esta *corrección del mundo*, como castración de la vida, va mucho más allá de una mera constatación neutral del hermeneuta, de una supuesta asepsia de *sujetos y estructuras*, puesto que obedece, como quiere Nietzsche, a la violencia que la vida y la voluntad de poder ejerce necesariamente como infinito acrecentamiento de la fuerza.

En este caso, en *Vigilar y Castigar* la ausencia del origen del poder, la ausencia de la vida como principio configurador del poder o de la fuerza, nos permite observar una excesiva positividad de sus denuncias, que al abandonar su origen pierden su contextura histórica para devenir realidad sin principio aparente, sin referencia inmediata, divorciada del rol activo de la capacidad creativa de los hombres, huérfana de una estructura en la que nos permitiéramos encontrar su verdadero principio configurador.

El poder es capaz de castigar para configurar el orden social que necesita, mediante una vertebración en todos los fenómenos sociales, científicos y culturales, tan exento de origen como pleno de positividades. El castigo, en este caso, solo se manifiesta como una función social compleja, más allá de su poder represivo o *punitivo*, solo en su carácter de articulación a otros procedimientos, más no a su sentido estrictamente negativo o a su carácter *represivo* como tal. El castigo como articulación del poder no nos muestra más que su cara positiva, haciendo manifiesta, en primer y único lugar, su articulación a otros fenómenos tan positivos y constatables como éstos.

Al desprenderse de la *ilusión* de que la penalidad es pura represión, Foucault intenta articular todo el devenir social y discursivo del poder en la modernidad, refiriéndolo a su vertebración en instancias ajenas o alejadas de los horizontes que tradicionalmente se han consignado al ejercicio del poder, donde se hace manifiesta una totalización configuradora marginal al poder y/o incorporándolo en su mismo devenir, en la que no podemos observar más que las positividades o decantaciones reales, las *efectividades* del poder en el devenir social. Lo único que se puede llegar a observar aquí, debido al abandono consciente de una estructura de sustento, es la capacidad articuladora de la vis social que se manifiesta en una *serie de efectos positivos y útiles, a los que tiene por misión sostener*, los que en sí mismos están divorciados de las actividades concretas y cotidianas de la vida social, como, al mismo tiempo, son fieles representantes de una enajenación o de una incapacidad de la razón para atrapar a la sensibilidad y lo concreto, en una palabra: mera positividad.

Tanto la lucha de Foucault contra el estructuralismo y las *continuidades* de la historia de las ideas y del materialismo histórico, como las críticas de Nietzsche a los excesos de la interpretación histórica en la segunda de sus **Consideraciones Intempestivas** parecen, aparentemente, situarlos en un mismo horizonte hermenéutico, asunto que si analizamos bien, no resulta igual.

Cuando Nietzsche dirige su crítica a la filosofía historicista de Hegel y Hartmann, y a *El origen de los sentimientos morales* (1877) de su amigo Paul Rée, lo hace en nombre de la vida, es decir, pretende desencubrir su determinis-

mo apelando al radical indeterminismo de la vida. Por el contrario, en Foucault y su polémica contra el historicismo no encontramos más que la idea de la superación de *las estructuras y del sujeto*, en provecho de una genealogía que carece de principio nutricional, que oculta en el *estado de conjunto* y en el encadenamiento a un principio o red que *atraviesa todo el cuerpo social*, el valor puramente nominal de los orígenes.

Al intentar pensar las leyes que rigen a la historia y sus diversas articulaciones, sin referencia a un sujeto ni a una estructura de sustento, salta a la vista el carácter de pura obsesión con los nudos de una red, mas que al intento por descubrir las virtudes articuladoras del tejedor. Como vemos, el carácter ilusorio de esta crítica histórica salta a la vista, pues su existencia real queda suspendida en un *sistema de remisiones* que solo adquieren consistencia en la continuidad y ruptura de su enebriamiento. De ahí la necesidad de que la prioridad de la genealogía foucaultiana esté en desenmascarar la positividad de las articulaciones, es decir, en cómo es posible comprender que los fenómenos sociales en general, como los fenómenos del poder en especial, son susceptibles de análisis en cuanto a su exclusivo poder de articulación positivo, sea en su condicionamientos más inmediatos, como sea desde el punto de vista de articulaciones marginales o de horizontes aparentemente ajenos a los fenómenos analizados.

Es claro que la capacidad hermenéutica crece en complejidad cuando es capaz de descentrar el análisis de los elementos tradicionales y de los orígenes consignados por las tradiciones, para dar cabida a formas de articulación insospechadas. También es evidente que siguiendo una vía paralela a la tradicional y sin abandonarla completamente, la vía sin sujeto y sin estructuras de la historia, da cabida a nuevas formas de articulación, que en parte, y muy a pesar de lo novedoso que puedan aportar en el análisis, ya se sospechaban como posibles articulaciones. En este caso, las sorpresas, rupturas y distanciamiento deben, por consiguiente, saltar a la vista. No obstante, el énfasis en el juego de las remisiones no es más que el producto de la eliminación de la procedencia y de todo origen, es decir, su virtud simuladora, su inconsistencia, pues al desprenderse de todo referente, parece autorizada a vincularlo todo precisamente por su desprendimiento inicial.

Vigilar y castigar es, por este motivo, no sólo una desarticulación de las instancias tradicionales del poder, y en este sentido, una perplejidad total o una *simulación generalizada*, como piensa Baudrillard; sino también, representa una nueva forma de comprender las articulaciones del poder más allá o más acá de un único horizonte de procedencia. Es esta multivocidad del poder lo que más sorprende del análisis foucaultiano, a pesar de cierta condescendencia con la generalización, a pesar de su encanto con las argumentaciones que muchas veces carecen de verdaderos sustentos, (por lo general, cuando se ven reducidos a meras *enumeraciones*) debido, precisamente, a la necesidad hermenéutica de prescindir de todo horizonte condicionante que no sea más que la totalidad social o el *efecto de conjunto*.

De Nietzsche, Foucault hereda la intención del desenmascaramiento de la modernidad, en los términos de una violencia interpretativa, como también el intento de repensar el pasado que nos enseña la historia, sobre la base de un

verdadero distanciamiento de la hermenéutica tradicional al poner en entredicho el *valor de la verdad*. Sin embargo, cuando Nietzsche descubre las razones de la crueldad y de la voluntad del hacer sufrir como manifestaciones de la voluntad de poder y de la vida, es decir, cuando descubre a la violencia como el trasfondo de toda cultura, nos permite comprender que su *violencia interpretativa* articula la crítica en lo criticado, de tal manera que éste no permanece ajeno a aquel.

Como ejercicio del poder de quienes intentan hacer memorizar a los demás una historia y un concepto de la vida, el arte del suplicio, además de significar una manifestación del poder, como quiere Foucault, es la manifestación de *una propiedad normal entre los hombres*, pues hacer sufrir provoca un *sentimiento de bienestar* y es un *derecho de los que dominan*.

Como vemos, la idea de la vida como articuladora de la crueldad y del poder no es ajena al poder del castigo, ni menos al ejercicio del poder en general; es parte fundamental de ella misma.

Para Foucault, el suplicio es la manifestación del poder de castigar del soberano o la memoria que el soberano quiere imponer a sangre y fuego en el pueblo, mediante la libre determinación de su voluntad de permitir o no permitir la vida de sus súbditos. A pesar de la insistencia de Foucault por señalar el carácter coextensivo del poder en todo el cuerpo social, resulta que siempre termina por encadenar su ejercicio a lugares comunes (las clases sociales y su poder o las distintas discursividades o epistemes que configuran al cuerpo social), cuidándose, como es el caso, de no caer en los conceptos de la interpretación histórica tradicional. Con este *intento* de concebir al poder de modo indeterminista, Foucault no quiere asignarle a éste, como era de esperar, un lugar específico en la sociedad, ya que no es parte ni de una estructura de la sociedad, ni es producto del ejercicio de una clase social, sino es *una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social*. Es claro, por lo demás, que la elusión consciente de un origen determinado no solo le da una mayor extensión al concepto del poder, sino también anula o elimina su carácter universal, en la medida en que al afirmar constantemente su carácter articulador, termina supeditado a representar una diversidad de prácticas, tanto más vagas como indeterminadas en sí mismas.

Bien que esta afirmación nos pueda parecer contraria a nuestras intenciones argumentativas, (si pensáramos en el valor de la extensión del concepto del poder como aporte de Foucault a la investigación filosófica), lo cierto es que Nietzsche al conducirnos al seno de la idea de culpa, nos recuerda que la más antigua y originaria forma de relación entre los hombres estuvo cargada de ese sentido de batalla perpetua entre acreedores y deudores, de ese sentido vital de infinita voluntad de dominio que en última instancia queda relegada al olvido cuando se la categoriza en una voluntad de conciliación, abandonando la voluntad propia y el ser *la medida del valor* tal como sucede entre los hombres libres. Como vemos, al situar Nietzsche el seno de la vida social en la batalla perpetua entre acreedores y deudores, no hace más que pensarla desde la voluntad de dominio, la misma que estando en la base de la vida individual y social de los hombres, tal como lo describe el sentimiento vital que da sustento a la filosofía política y moral griega, la vemos claramen-

te representada en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles (Libros VI y IX), cuando declara que la voluntad de dominio es el impulso vital que está presente tanto en el seno de las relaciones sociales y en la configuración del yo, como en la amistad y las relaciones amorosas.

Como vemos, Nietzsche ve al poder como ejercicio de la vida, ya que si desconocemos la esencia de la vida desconocemos su voluntad de poder y con ello pasamos por alto *la supremacía del principio que poseen las fuerzas espontáneas, agresivas, invasoras, creadoras de nuevas interpretaciones, de nuevas direcciones y formas, por influjo de las cuales viene luego la adaptación*. (*Genealogía de la Moral*. Federico Nietzsche. Alianza Ed. pág 90). Es claro, para nosotros, que Nietzsche dirige aquí una crítica a todos los *ingenuos genealogistas de la moral y del derecho* (sic!), quienes no son capaces de comprender el ejercicio del poder y sus más diversas configuraciones, como manifestaciones de la fuerza constructora y destructora de la vida.

La crueldad, el dolor y las guerras son tan viejas como la vida en la tierra. El hecho que existan y sigan existiendo significa que la voluntad de saber y la voluntad de poder además de ser una y la misma realidad, deben ser concebidas como fuerzas articuladoras del poder, es decir, como manifestaciones de la vida en la infinita búsqueda del acrecentamiento de la fuerza, en la infinita configuración del devenir a su medida, mediante la creación de valores como medios para el acrecentamiento de sí misma. En este sentido, la genealogía de Rée y de los genealogistas ingleses, le parecieron a Nietzsche una magistral elusión de lo verdadero que hay en toda vivencia moral, en cuanto en ellas no vemos más que una representación de algo que en cuanto fuerza irreversible que crea y recrea sus propias condiciones de acrecentamiento se oculta, debiendo contentarnos con una idea altruista de la valoración, con una *representación* de la vida, más que con la vida misma, tal como a Nietzsche le parece la idea de la moral de la compasión. Al abandonar el sentido vital de ella para entregarla a los lugares comunes de una abnegación que más que representar a la vida es una máscara de ella, al abandonar la moral a un orden puramente representativo, en una palabra, al someter a la idea central de la compasión como vertebración de la moral y su historia, el valor de la compasión se confundía con una comprensión de la vida, como *algo dado, real y efectivo, situado más allá de toda duda*.

Pero tras esa realidad subyacía toda una tradición de prejuicios, de miedos y de desesperanzas que hacían más difícil su verdadera comprensión. En definitiva, la valoración compasiva era una introyección de una idea completamente débil de la vida, una interiorización de aquello que en sí mismo era la negación de ella.

Según este balance crítico de las valoraciones morales, la referencia a la vida es una condición *sine qua non* de la genealogía de la moral, so pena de verse llevada por las valoraciones que la vida hace de sí misma o por el grado de vitalidad que ella represente, hacia un horizonte en el que ella misma se confunda con su representación. Como vemos, Nietzsche nos enseña a situar al problema de la moral y del derecho en un orden vital, el que por su manifestación en todo orden de cosas, por su extensión a todos los casos, aparece más como positividad, como vertebración de positividades, que como fuerza configuradora de la diversidad.

De ahí la afición genealógica de reconocer en ellos, en las positivities, como un verdadero error, la mera representación de la vida y no su esencia.

Con esta afición por comprender las exterioridades del poder se inicia la genealogía foucaultiana, la que a nivel de la representación de la vida, considera la manifestación del suplicio público en su engarce con el ámbito de la verdad, pues la manifestación objetiva del dolor corresponde a la marca que impone con sangre y fuego el soberano en la memoria colectiva del pueblo, mediante el sinuoso y secreto construir de la penalidad que no necesita más que de una acusación o de una forma mecánica de producir la verdad en la sentencia. El cuerpo del torturado en la plaza pública es la representación del poder de incorporación de la verdad en el pueblo, la teatralización del reto físico en el juicio o en la sentencia que certifica la verdad. Para Foucault el cuerpo del torturado es el lugar de consolidación de la verdad.

En este sentido, los dispositivos del poder no proceden ni por represión ni por ideología, pues el poder normaliza porque disciplina y disciplina por que normaliza. Pero frente a la normalización del suplicio público, Foucault advierte el desencuentro y la ruptura por su propio crecimiento indiscriminado, por su propia capacidad de volverse real, obvio y manifiesto, por su propio poder de representación y sobreexposición en lo real.

La ley de caducidad del poder que se hace manifiesta aquí, a través de su capacidad de normalizarse en la realidad o de ser una representación de una representación, no parece ser otra que la que declara su propia volatilización cuanto más representación de sí misma se vuelve. Cuando esto sucede, cuando el poder sucumbe a su propia capacidad de articulación, nace el contra-poder, nacen los ilegalismos. La ley interna que parece regir el análisis del poder y de la punición en el mundo moderno, al menos en la versión foucaultiana, no está lejos de ser una constante crisis de normalización representativa, debido al exceso de ordenación y normalización de la realidad a la que ella tiende, puesto que la dialéctica del poder encuentra sus límites en el mismo exceso de positivización que la empuja. Cuando este proceso llega a su extremo, sucumbe en la ilegalidad o en la necesidad de una reprogramación cada vez más exhaustiva de su poder de normalización, pues sucumbe en la necesidad de una economía del poder que sea capaz de retroalimentar su capacidad ordenadora y disciplinaria con la absorción de cada vez más realidad (jurídica, social, educativa y cultural) en su poder de contrición normalizadora.

A pesar de eludir las interpretaciones tradicionales sobre la crítica de la Ilustración para acabar con todo tipo de barbarismos y con los excesos de la irracionalidad punitiva, más bien, Foucault considera que la Ilustración al estar sometida al poder de sistematización y articulación que comanda el dispositivo de producción de la verdad, no sirve más que para consolidar aún más el poder de normalización de la verdad mediante estrategias de reajuste y control cada vez más funcionales, cada vez más articuladas a la defensa de la sociedad y del orden social. Por ello que, frente a la crisis del poder del soberano, la reforma penal de los ideólogos de finales del siglo XVIII, no parece más que hacer manifiesta esa necesidad de autorregulación constante del poder, a través de la absorción paulatina de todos los horizontes con los cuales se permita consolidar la construcción de una racionalidad cada vez más funcional y económica.

Aparentemente, el cuerpo en la reforma de finales del siglo XVIII queda sometido a la representación, pues la reforma de la penalización del delito buscó prevenir el desorden social a través de la representación y teatralización de las penas, sea como publicación y difusión de los códigos penales, sea como verificación de su eficacia mediante su aneación a los criterios más generales de la verdad, pues de lo que se trataba era de irrumpir en la subjetividad individual del delito, buscando la prevención representadora de la pena y el castigo, como ingreso a una época marcada por la *sobriedad punitiva*, por la introyección de la pena en la subjetividad culposa de los individuos.

No obstante que esta hermenéutica del arte de castigar estuvo marcada por ese instinto de sobriedad reglamentadora, (sobre todo, como benignidad de las penas), en cuanto buscó alcanzar una economía punitiva cada vez más rigurosa, al mismo tiempo, este factor le permitió superarse infinitamente debido a su constante entropía en la positivización o en la dinámica de la desreglamentación y reglamentación. Sin embargo, lo cierto es que la ley de la introyección de la culpa, como ley interna de la vida, no parece obedecer a los propósitos de una depuración representadora, ni menos a la dinámica interna de una suerte de *crisis de positivización* constante, sino más bien a la fuerza inhibitoria de la vida que vista la interrupción de sus instintos se vuelve contra sí misma.

No es una mera coincidencia que tanto Nietzsche como Foucault traten con minucioso detenimiento el problema de la interiorización de la violencia en el alma individual como el fenómeno del ilegalismo del poder, pero bajo una luz completamente diferente.

Cuando el poder se acrecienta, dice Nietzsche, crece la tolerancia y se inicia una impunidad generalizada: *Si el poder y la autoconciencia de una comunidad crecen, entonces el derecho penal se suaviza también*. Con la conciencia de plenitud del poder se hace manifiesta una laxitud en la búsqueda de más poder, dirigiéndose esta última, como mero desahogo, a la condonación de las penas, a la impunidad y tolerancia con respecto a lo que en otro tiempo era delito, por cuanto en ella ocupa la energía que no ha gastado en la búsqueda de más poder.

Como podemos apreciar aquí, la laxitud del poder también es un fenómeno de generación de la ilegalidad, por cuanto en la ilegalidad el poder, en el caso del señorío de los más fuertes, se solaza de su poderío en la laxitud de una aparente inconsistencia.

Muy por el contrario, en *Vigilar y castigar* Foucault nos muestra que la tolerancia de las ilegalidades empuja a una economía más severa del poder de castigar, incluso en el caso de la idea de la penalidad como prevención del delito, según consideraron los reformadores de la penalidad y el delito a finales del siglo XIX. Pero la economía de los ilegalismos no obedece única y exclusivamente a los cambios en la forma de reproducción del poder (como quisiera el materialismo histórico), ni exclusivamente al poder de contrición que ejecutan las ciencias humanas desde inicios del siglo XIX como mecanismos normalizadores de la verdad mediante la confesión, sino al engarzamiento de todos esos factores como *efecto de conjunto*.

En este orden de cosas, *el efecto de conjunto* representa, más bien, la fe en que en el aislamiento y fijación de las de-

terminidades y en la profundización de una sola realidad como si fuera la esencia de la relación, se pretenda encontrar el principio de articulación de lo real. Más bien, mediante el criterio de la referencia positiva, la realidad queda reducida a su contenido formal o meramente *empírico*, escapándosele lo real en una pura apariencia de necesidad, vale decir, en la mera representación formal. Una de las pocas veces que Foucault define al poder, lo hace de modo negativo (¿o elusivo?): el poder *no es ni una institución, ni una estructura, ni una fuerza --- es el nombre que se da a una situación estratégica compleja en una sociedad dada*. En esta aproximación al poder, observamos ese aire *distribucional y vectorial*, como dice Baudrillard, en el que una expansión infinita parece amenazar la universalidad del concepto, hasta volatilizarlo completamente en una connotación sin referente alguno.

Pero no debemos sospechar de esta ausencia de realidad en el análisis del poder más que cuando consideremos que en la historia de la filosofía moderna se da una suerte de ley oculta, puesto que cuanto más ausente está la vida en ella,

tanto más busca enclaustrarse a sí misma en la representación, de tal modo que, como si obedeciera a una misteriosa necesidad, su ausencia no es más que la viva representación de sí misma.

Con esta nueva filosofía del poder, con esta nueva escritura del poder, que no por el simple hecho de ser demasiado bella tiene que necesariamente ser verdadera, la genealogía de Nietzsche aparece en ese fondo insospechado que estuvo presente en todos aquellos reclamos que se le hizo a la filosofía después de Kant, cuestión que no solo se manifestó como un acalorado debate por recuperar a la vida, sino, antes bien, como una lucha tenaz por separar a la filosofía del positivismo, para liberarla del pensar calculador.

No es por mero acostumbramiento que hoy en día, a pesar del positivismo reciclado en la sustentabilidad, la defensa de la vida no refleje más que el intento de dar coherencia a los triunfos de la especialización científica. Por lo pronto, y en este sentido, dejemos que el encuentro entre Nietzsche y Foucault nos dé qué pensar.

SECCIÓN PENSAMIENTO

MARENA BRIONES VELASTEGUÍ

Entre la muerte y la vida

BYRON SILVA

Eutanasia: Felici vel honesta morte mori

FABIÁN CORRAL B.

Las dimensiones éticas de lo público

Marena Briones Velasteguí

Entre la muerte y la vida

De la muerte no suele hablarse, al menos no suele hablarse más allá de ciertos textos. De medicina, porque, como sabemos, no hay forma de que no vuelquen su mirada hacia ella. De filosofía, porque los espíritus de esa índole especulativa no pueden dejar de confrontarse con el inevitable final, que tanto rehuimos y que no deja de acecharnos nunca hasta que obtiene lo que quiere. De sociología o de historia, porque allí están los testimonios de las masacres, de las guerras, de las revoluciones, de los asesinatos políticos, de los accidentes, de las epidemias, y porque no hay manera de que podamos evitar su constatación diaria. De cuentos, novelas, pinturas, documentales, reportajes, noticias, esculturas, porque es parte constitutiva de lo que somos. Y, seguramente, de algunos textos más que no hay objeto de nombrar en este momento, porque la muerte, como la vida, está entre nosotros.

Pero, cuando digo que de la muerte solemos no hablar, lo que quiero decir es que no hablamos de nuestra muerte, de ese destino que en el tránsito humano es el único destino seguro que tenemos; de la muerte como el más significativo testimonio de que hemos existido, de que fuimos un día, de que amamos, lloramos, reímos, aprendimos, jugamos, odiamos, tuvimos hijos y nietos, padres, madres y hermanos, amigos, enemigos y compinches. Quiero decir que la muerte no es una invitada usual de nuestras tertulias o de nuestras íntimas reflexiones; no es una invitada usual como sí lo son, por ejemplo, nuestros anhelos o nuestras penas, nuestras alegrías o nuestros amores, nuestros enojos o la situación del país, la calamidad doméstica o la telenovela diaria, el dinero que no fue suficiente para cubrir nuestras necesidades o nuestros caprichos, y tantas otras cosas que compartimos con nosotros mismos y con los demás en la cotidianidad de nuestras vidas. No, de la muerte no solemos hablar.

¿Qué sabemos, entonces, de la muerte? ¿a qué tememos o a qué aspiramos cuando peleamos contra ella o cuando la deseamos vehementemente o por impotencia? Me parece que la respuesta no es nada fácil. La muerte siempre será para nosotros una desconocida. Aunque hayamos sufrido inmensamente al tener que separarnos sin remedio ni retorno de un ser amado, o aunque hayamos estado cerca de traspasar el umbral que nos aleja de este mundo, o aunque hayamos sido testigos de su llegada, la muerte -repito- seguirá siendo para nosotros, los que aún estamos aquí, una desconocida. Por eso, hablar del suicidio o de la eutanasia tampoco es fácil. Allí, en esas realidades, complejas sin duda, se ponen en juego los dos extremos de una misma naturaleza humana. Todos morimos. Si hay algo que nos iguala sin ninguna duda, ese algo es, precisamente, la muerte, así que, también sin ninguna duda, habremos de saber que cuando una persona, una persona como nosotros, elige morir, esa elección tiene un altísimo precio: la vida.

Y si tiene tan alto precio, no podemos dejar de preguntarnos qué es lo que puede ser tan, pero tan grave, como para

conducirnos a sacrificar la propia vida. Por ahora, olvidemos el suicidio y detengámonos en la eutanasia. En su raíz etimológica significa *buena muerte*. ¿Habrá muertes buenas acaso? Sí, creo que a eso aspiramos todos. Ya que vamos a morir de cualquier modo, que nuestra muerte y la de todos aquellos a quienes amamos -¿por qué no la de todos los seres humanos?- sea una muerte que nos abrace plácidamente. ¿Una cuestión de libertad o de autonomía? ¿una decisión por entrañable amor, para evitar un sufrimiento inútil a nuestros seres queridos? Sí, aunque suene extremadamente duro, aunque incurra en pecado, aunque nos quede la sospecha de que algo pudo haber sido distinto. Porque, cuando de eutanasia se habla, no se habla de otra cosa, por paradójico que parezca, que de amor. Podemos discutir sobre todos los riesgos que encierra la eutanasia y sobre todas las posibilidades de jurídicamente eludir o reducir a su mínima expresión esos riesgos. Esa discusión es indispensable. No la soslayo; todo lo contrario, la demando. Pero, por encima de esos riesgos, que de todas maneras existen configurando otras conductas (por ejemplo, el homicidio), lo que sí es cierto es que si cada uno de nosotros se supone autónomo para vivir, no hay razón alguna que justifique que no sea autónomo para morir.

Afirmar lo que afirmo no implica omitir todo lo que sea necesario para que una persona no tenga que llegar a desear su propia muerte, ni implica tampoco disculpar o dar permiso a egoísmos, comodidades e irresponsabilidades. Con mis aseveraciones, me muevo en el terreno de una ética de la comprensión y de la solidaridad. Desde ese lugar, debo añadir además que no es cierto que para la humanidad la vida sea un valor absoluto. Y si no... ¿por qué las guerras? ¿por qué la legítima defensa? y, sobre todo, ¿por qué esa ignominiosa indiferencia con la que vemos de frente y sin vergüenza a la miseria, a los millones de niñas y niños desnutridos, a los millones de hombres y mujeres que desfallecen por enfermedades curables sólo porque no tienen acceso a medicinas y a atención oportuna y eficiente, a millones de ancianos y ancianas que tienen que morir en soledad, abandonados del afecto con el que todos desearíamos morir rodeados algún día?

Cuidamos, si cabe el término, sólo ciertas y contadas vidas; las demás, que son la mayoría, o nos importan muy poco o no nos importan nada. Por eso, no acepto que la vida sea un valor absoluto, ni admito que se plantee la misma consideración en el plano del deber ser. No, porque es aquí y ahora, donde y cuando debemos demostrar que valoramos la vida, de todos, sin excepción. Es aquí y ahora, donde y cuando debemos ser responsables mutuos de nuestras vidas. La eutanasia pone en jaque esa responsabilidad, porque nos exige tomar conciencia plena de nuestras vidas y de nuestras muertes. Tomar conciencia de ellas significa recuperar para nosotros mismos y para los demás el derecho de vivir y morir con dignidad.

Eutanasia: Felici vel honesta morte mori

Byron Silva

Un perro que muere y sabe que muere y puede decir que sabe que muere como un perro, es un hombre.¹

Hace frío. Es un día lluvioso. El cielo ha bajado como si pretendiera ahogar a la tierra. Gotas sin esperanza caen desoladamente gruesas. La pequeña cafetería de la Universidad está repleta. Los vidrios empañados. Voces alrededor: *Un café y un brownie, por favor, A mi me da un sánduche, ¿Cuánto cuesta un jugo?, Una botella de agua, porfa.* He ahí los alimentos que aplacarán el hambre de la primera hora. Hay quienes bien despiertos y mal sentados apuran su desayuno con un cigarrillo que humea a dueto con el café caliente. El cigarrillo en el cenicero, el café en la tasa. En el fondo del local, al lado de la ventana, sobre una estrecha y pesada mesa, algunos estudiantes han madrugado a discutir acaloradamente. Por una noticia de periódico.

— Estoy seguro —dijo el Sapo con gran énfasis— que tú, yo y todo mundo desea morir, como decían los antiguos romanos, de forma feliz, decente, o sea, tranquila y sin sufrimiento. ¿O es que acaso tú anhelas morir llena de sufrimientos y angustiando a los demás? ¿Quién no prefiere tener una buena muerte? ¿Por qué, entonces, sería ilícito evitar con la muerte los sufrimientos a una persona que no tiene posibilidad de vivir, que ya no quiere vivir?

— Tienes razón, pero de cualquier forma que lo pintes, para mí, la eutanasia es un asesinato, por más que el parlamento holandés, una corte británica, un tribunal español o lo que sea, lo aprueben en una ley o en una sentencia. —espetó Mariágracia en la cara del Sapo— Siempre ha sido un crimen, aunque el mismo enfermo lo pida, porque siempre queda la duda de que pueda recobrar la salud y, sobre todo, porque la vida es un don divino del que no se puede disponer así nomás. Si quieres remontarte a los antiguos te menciono de pasada, sin querer pecar de erudita, lo que dejó dicho Hipócrates, más o menos: *No daré ningún veneno a nadie, aunque me lo pidan, ni tomaré nunca la iniciativa de sugerir tal cosa.* Además, eso de *buena muerte* no significa lo mismo para todo mundo.

— Ya —interrumpió el Sapo—. Pero también se debe tomar en cuenta al sabio Platón que aconsejaba que el Estado debe cuidar de quienes gozan de salud de alma y cuerpo y que se debe dejar morir a quienes no sean sanos de cuerpo. O sea, que no tiene mucho sentido mantener vivas a personas que desde hace rato pueden y, sobre todo, quieren morir. En la Grecia y la Roma antiguas había una amplia aceptación en la práctica de la eutanasia. Fueron el judaísmo y el cristianismo los que contribuyeron, en

mi opinión de forma contradictoria, a difundir la noción absoluta de la santidad de la vida humana y de que uno no puede privarse de la vida de manera deliberada. No te olvides que, sin embargo, los mismos cristianos unas veces murieron por la fe y otras, las más, mataron por la fe. — ¡Por favor! ¿Qué dicen, queridos? —interrumpió la Flaca poniendo cara de asco— Con lo dura que es la vida, con todo lo que me cuesta mantenerme bella y hermosa, ¿por qué no darme una buena muerte si está al alcance de mis manos? Más fácil y sin resucitar a tantas antigüedades. —Meneaba su cabeza de un lado a otro, interrogante, las manos abiertas para arriba.

Se quedaron todos mudos, las cejas en alza. Con los ojos fuera la miraban. Así era la Flaca. Descomplicada. Pragmática. Una preciosa.

Intervino Isaías.

— No me acusen, por favor, como otras veces, de relativista. Creo que todos tienen *algo* de razón a su manera. Se trata, simplemente, de poner las cosas en su lugar y de aclarar el punto de cada uno. —sentenció.

Isaías ya olía a catedrático.

Por un momento el tono de la discusión bajó. El Sapo, Mariágracia y la Flaca pusieron atención a lo que Isaías tenía que decirles. Los curiosos de la mesa de al lado apuntaron la oreja en esa dirección. Por un instante hubo silencio. ¿Se detuvo el tiempo?

* * *

A partir del 1 de abril de 2002, Holanda es el primer país que permite la práctica de la eutanasia activa.

Para que tal práctica no constituya delito, la nueva ley holandesa exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) que el enfermo esté sometido a un sufrimiento insostenible sin que exista perspectiva de mejora alguna; 2) que el desahuciado exprese de forma categórica e inequívoca su voluntad de cesar en la vida; 3) que se cuente con la opinión de otro médico; y 4) que el facultativo que ayudó a morir informe de inmediato a una de las comisiones de ética para que estudie el caso y juzgue si se han respetado los requisitos precedentes. En caso contrario, la comisión tiene la obligación de informar al ministerio fiscal para que se siga la acción penal correspondiente.

La mencionada ley introduce también dos novedades en relación con la jurisprudencia que desde 1973 vienen sancionando los tribunales holandeses: 1) el testamento vital, que es una declaración previa por parte de aquellos moribundos que en el último momento no tienen capacidad para manifestar su deseo de morir, y 2) la posibilidad de que los menores a partir de los 16 años de edad puedan pedir la eutanasia activa sin autorización previa de sus progenitores.

La novedosa eutanasia legal viene, entonces, a distinguirse de otras formas de quitar la vida que son consideradas delito: el homicidio o asesinato y el suicidio, entre las conductas más claramente distintas de la eutanasia, y el homicidio piadoso y el suicidio asistido, entre las conductas más cercanas a la eutanasia y, por tal circunstancia, que suelen confundirse con ésta.

* * *

Isaías tenía el sano hábito de distinguir para unir. Era un chico ensimismado, descuidado, melancólico, despistado. Como Tales de Mileto, un día caminando con un grupo de amigos por el parque cayó en un hueco que el municipio había hecho para reparar el alcantarillado. Afortunadamente sólo sufrió leves rasguños. Sus amigos de burlaron de él. Eso fue lo que más le dolió. Desde entonces la apodaron *el Sabio*. Cada vez que le llamaban así se renovaba su vergüenza.

Continuó Isaías.

— Maríagracia, desde tu perspectiva, sostienes que la eutanasia es un crimen. En efecto, el cristianismo introduce en la historia de la civilización occidental el mandato divino: *No matarás* y cualquier conducta que viole este precepto es considerado un crimen. Para los católicos, según tengo entendido, la eutanasia es gravemente ilícita. En su modo de pensar el respeto absoluto a la vida de la persona humana es superior a cualquier forma de compasión. El hombre no es dueño de su vida, dicen. En cambio, para otras personas que no comparten los mismos valores del cristianismo, como el Sapo, la compasión, la piedad, la misericordia ante el dolor del ser querido relativizan ese respeto a la vida humana, pues una vida que no es vida no merece ser vivida, sostienen. Y hay quienes consideran, en esto me refiero a las palabras de la Flaca, como valor supremo de conducta el principio de autonomía, según el cual, decidir el destino de cada persona corresponde exclusivamente a esa misma persona y a nadie más.

La Flaca quedó agradecida. Casi nunca sus ideas eran tomadas en cuenta. Quiso decir algo, devolver la cortesía, pero el ímpetu de Maríagracia le dejó con las palabras atrapadas entre la lengua y los dientes. Hizo una mueca y se calló.

— Es verdad —dijo Maríagracia— no todos pensamos del mismo modo, pero los derechos humanos, y el de la vida es el más importante, escapan a un pluralismo que en otros temas es legítimo, pero que no puede admitirse en cuestiones que son, nunca mejor dicho, de vida o muerte. Hay un orden natural en las cosas. Hay una ley natural que prohíbe matar de forma categórica. No puede pensarse, por tanto, el derecho a la vida como algo relativo, objeto de consideraciones subjetivas. Por eso, pese a las razones sentimentales, humanas, económicas y sociales, la eutanasia es siempre ilícita y, desde la perspectiva del derecho, injurídica por violar uno de los preceptos fundamentales de la ley natural, garantizado en las constituciones políticas de los estados de derecho contemporáneos. Por eso, también el suicidio es absolutamente ilícito, pues, al decir de Immanuel Kant, *el hombre no puede tener la facultad de quitarse la vida*.

Afuera, mientras Maríagracia pontificaba, se desataba la furia del cielo, llovía más fuerte, como si la Ciudad de Dios quisiera destruir la Ciudad de los Hombres. La Flaca dibujaba en el vidrio empañado de la ventana un corazón, una espada y un martillo. Debajo del corazón escribió Sapo, debajo de la espada *Sabio* y debajo del martillo *Maríagracia*. Así eran sus amigos o, al menos, ella los veía así.

— Y tú, ¿qué haces? —dijo molesta Maríagracia dirigiéndose a la Flaca al término de su argumentación.

— No, nada —contestó ella mientras borraba con la manga los dibujos que había hecho en el vidrio.

El Sapo se sintió atacado. No podía quedarse callado. Quería destruir la raíz misma del argumento de su compañera. Se aprestaba a hacerlo; cuando Isaías que pensaba en lo mismo, pero por otros motivos, se anticipó.

— Las objeciones a la eutanasia no son morales sino religiosas. —comenzó Isaías—. Todos tus argumentos, Maríagracia, se fundan en tu religión católica. Y no todos abrazamos esa fe. Me parece importante, por tanto, para beneficio del debate, señalar que la moral y la religión son dos sistemas independientes, de manera que no existe dependencia lógica de la moral respecto de la religión. La religión no es condición necesaria ni suficiente de la moral. La independencia de la moral y de la religión —indicaba Isaías con movimientos de la mano derecha donde el dedo índice era el protagonista— nos permite valorar de forma distinta varias situaciones que el carácter absoluto de la religión impide hacerlo. Esa independencia es, además, importante para las consideraciones de orden jurídico, pues las convicciones religiosas son dignas de respeto pero no hasta el extremo de imponerse a través de la legislación a otras personas que no las profesan. Recuerden que el orden jurídico está dirigido a creyentes y no creyentes, y sus instituciones deben dejar suficiente libertad a unos y otros. Desde el siglo XVII los filósofos ingleses que pensaron el Estado liberal (Hume, Bentham y Stuart Mill, en particular) cuestionaron la base religiosa de la moralidad y la prohibición absoluta del suicidio y la eutanasia.

Nadie se esperaba que Isaías fuera tan categórico en este punto.

* * *

*Puesto que los hombres se asocian mediante el discurso, y una mala e inadecuada imposición de nombres mantiene ocupado el entendimiento de manera asombrosa, así pues las palabras ejercen una extraordinaria violencia sobre el entendimiento y perturban todo.*²

*En nuestras inacabables discusiones a menudo no nos damos cuenta de que en realidad hemos llegado a un acuerdo; lo que sucede es que llamamos a las mismas cosas con nombres distintos. Y, al contrario, ocurre que las contradicciones más profundas se ocultan allí donde no las vemos, llamando por costumbre cosas completamente distintas con el mismo nombre.*³

Con la palabra *eutanasia* sucede lo anotado. La etimología de esta palabra es muy simple pero, por eso mismo, complejo su significado. Proviene del griego *eu* —bien— y *thanatos* —muerte—, que unidos significa buena muerte.

Para algunos *buena muerte* significa liberar a una persona de los sufrimientos poniendo fin a su vida (eutanasia activa). Para otros significa dejar morir a una persona retirándole el tratamiento que le mantiene con vida (eutanasia pasiva). Hay quienes entienden la eutanasia como ortotanasia (orto: recto, normal), es decir, como muerte justa, normal, a su debido tiempo.

Si se cuenta o no con el interés, requerimiento o consentimiento del moribundo, la muerte provocada de manera activa puede ser: 1) homicidio o asesinato, en caso de que otra persona ocasione la muerte sin el interés, requerimiento o consentimiento del afectado; y 2) suicidio o eutanasia, cuando se cuenta con tal interés, requerimiento o consentimiento.

Si la conducta que procura la muerte está ordenada a la eliminación del sufrimiento o de unas condiciones de vida no aceptables, anormales, esa conducta se denomina eutanasia propiamente dicha. Si falta ese objetivo la conducta será homicidio, asesinato o suicidio pero no eutanasia.

En el ámbito de la eutanasia pasiva se distinguen conductas que constituyen homicidio por omisión o negligencia de otras conductas que reciben el nombre de distanasia, por consistir en la omisión de los medios considerados extraordinarios o desproporcionados para sostener la vida de un enfermo desahuciado irreversible (muerte penosa).

Estas nociones se complican cuando se ponen junto a la palabra eutanasia los adjetivos *directa, indirecta, positiva, negativa, voluntaria, involuntaria, no voluntaria*.

Así pues, se ha producido violencia en el entendimiento de la eutanasia (contradicciones e inacabables discusiones) cuando, para fines de valoración moral, sobre todo, desde la moral religiosa, se confunde la eutanasia con otras conductas. Pues unas veces se habla de eutanasia homicida, otras de eutanasia suicida, en ocasiones eutanasia eugenésica (eliminación de vidas sin valor). Obviamente, con esos nombres estas conductas necesariamente revisten un sentido de ilegitimidad. La misma moral religiosa llama a conductas que constituyen eutanasia con nombres distintos con el fin de declararlos legítimos. Así a algunas formas de eutanasia indirecta se las llama muerte sin dolor, en donde no se procura ni se detiene la muerte sino que se administra analgésicos aunque estos disminuyen el tiempo de vida del enfermo. Otras formas de eutanasia pasiva cuentan con una valoración positiva por parte de la moral religiosa y para tal efecto se les da un nuevo nombre: distanasia.

El problema de la eutanasia ha venido a complicarse cuando de forma innecesaria los moralistas introdujeron infinidad de clases y más clases de eutanasias y cuando recurrieron a la palabra eutanasia para designar realidades distintas e incluso contrapuestas.

* * *

Se produjo una fuerte tensión entre Maríagracia e Isaías. El Sapo quedó satisfecho con la réplica de su compañero. Para calmar los ánimos se refirió a otro problema de la eutanasia.

— La eutanasia viene a ser un problema social y jurídico —comenzó el Sapo— sobre todo en las sociedades que han alcanzado un alto nivel de vida y de asistencia médica pública y privada. Esos países cuentan no sólo con los medios necesarios para mantener la vida de los enfermos terminales sino también con los innecesarios que pueden alargar excesivamente una vida de sufrimiento. En cambio, en países como los nuestros con niveles de vida muy

bajos que no satisfacen ni siquiera las necesidades básicas de la mayoría de habitantes, la eutanasia no ha entrado a la discusión pública del mismo como en los países industrializados. En nuestro lindo Ecuador, por ejemplo, se sigue discutiendo sobre las carencias del sistema de salud pública y de la falta de una ley que castigue las malas prácticas médicas.

Esta fue la ocasión para que la Flaca soltara uno de sus preciosos molones.

— Ahí no te doy la razón, querido Sapito —dijo la Flaca, meneándose con aires profesoriales.— En nuestro país estamos más adelantados en materia de eutanasia que Holanda, sólo que no nos damos cuenta. Somos tan asombrosos que hemos inventado y legitimado por fuerza de la costumbre la eutanasia pública gratuita que es la que se practica en todos en los hospitales públicos y en los del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por carencia de medios, por indolencia de los burócratas de turno o por huelga de los funcionarios y trabajadores que reclaman el cumplimiento de sus sagrados derechos relegados al quemeimportismo del Gobierno desde hace años. No se entiende cómo llegamos a tal extremo —concluyó la Flaca—, por eso mismo un buen amigo mío decía que para explicar lo que sucede en el Ecuador el lenguaje solito no es suficiente.

Otra vez sus amigos quedaron mudos. Ocurrida y profunda estaba la Flaca.

* * *

En el ámbito del Derecho actualmente se discute sobre la existencia del derecho constitucional a la buena muerte, como una determinación del derecho a la vida y el principio jurídico de la autonomía.

Algunos ordenamientos jurídicos, a través de los tribunales, han sentado jurisprudencia. En 1993, la Cámara de Lores permitió la eutanasia fundándose sobre lo que llamó *la doctrina del mejor interés*, según la cual no es benéfico para un paciente permanecer en estado vegetativo, ya que el principio relativo a la *vida sagrada* no es absoluto. Otros tribunales han invocado el derecho a la privacidad, el derecho a informar respecto a consentir la continuidad o no de un tratamiento médico. En Colombia, la Corte Constitucional declaró en 1997 que *en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad penal para el médico autor, pues la conducta está justificada*.⁴

La Corte Constitucional colombiana fundó su fallo en la siguiente consideración: *la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (C. P. art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto*.⁵

La Constitución Política del Ecuador establece, por una parte, el derecho a la inviolabilidad de la vida y, por otra, la prohibición de todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia. La comprensión de la eutanasia según tales disposiciones no es tarea fácil. Si la eutanasia es siempre considerada como una violación de la vida, entonces nuestra Constitución excluiría en toda circunstancia, por injurídica, la práctica de la eutanasia, con mayor razón si además ésta es calificada como procedimiento inhumano, degradante o violento.

Sin embargo las mismas disposiciones constitucionales podrían permitir la práctica legal de ciertas formas jurídicas de eutanasia, en el entendido de que el derecho a la inviolabilidad a la vida tendría como corolario lógico el derecho a decidir libremente sobre el fin de la propia vida (principio de autonomía), y cuando el mantenimiento de la vida en forma artificial dérive en procedimientos inhumanos, degradantes o que provoquen excesivo sufrimiento o dolor al enfermo o desahuciado.

Este debate no se ha abierto en Ecuador a la discusión pública, en parte porque la hegemonía que la moral católica tiene en nuestra idiosincrasia impide siquiera plantearlo.

* * *

— Dejando de lado la observación del Sapo y la ocurrencia de la Flaca —continuó Isaías— en lo profundo del debate sobre la eutanasia se halla el sentido de la vida y el sentido de la muerte —subrayaba en el aire estas palabras mientras las pronunciaba—, en definitiva, la visión que cada uno tiene de sí mismo. Por eso es imposible conciliar, sin conflicto, la solución legal de la eutanasia con la moralidad individual de cada persona. Hoy por hoy, la eutanasia se presenta como un problema insoluble. Porque además en este problema cuenta tanto la moral individual del paciente desahuciado como la moral del médico tratante que podría entrar en conflicto.

Maríagracia no cedía en su punto de vista. Para ella el problema de la eutanasia no era insoluble sino, al contrario, claramente resuelto en los términos de la moral católica.

— Mira Isaías —tomó la palabra Maríagracia—, en otros tiempos, todo el mundo estaba de acuerdo en rechazar la práctica de la eutanasia, pues matar a una persona siempre era considerado delito. Esto ha sido así y deber seguir siendo así, porque al hombre no le es lícito disponer de su propia vida, peor de la vida de otro. El médico, por su parte, está para curar y no para matar. Si se legaliza la práctica de la eutanasia se pondría en peligro la vida de personas débiles que no pueden valerse por sí mismas, ya por estar gravemente enfermas o disminuidas notablemente. Podrían darse abusos en que los parientes, cansados de atenderlas o con interés de heredar rápidamente, deseen terminar con sus vidas a título de *muerte piadosa*. Me ratifico en que no debe permitirse la legalización de la eutanasia, por ser gravemente inmoral. Es más, pienso que debería ser penalizada.

— Ese ha sido —reaccionó rápidamente Isaías—, precisamente, el problema de los mesianismos políticos y de las religiones, especialmente de la católica: querer edificar la Ciudad de Dios, la Verdad, aquí abajo en el tiempo. Por eso la historia ha sido tan sangrienta. Acuérdate de las Cruzadas, de la Inquisición, de la Conquista.

Nunca el Sapo había sentido tantas ganas como ahora de decirle unas cuantas cosas a su compañera Maríagracia.

— ¿Estás segura que tus argumentos *teológicos* son plenamente convincentes para el enfermo desahuciado que sufre grandes dolores? Te concedo que la vida humana es un don de Dios. Pero, ¿no es a la vez la vida, por voluntad de Dios, responsabilidad de la persona humana? Admito que el hombre tiene la obligación de aguantar hasta el fin dispuesto por Dios. Pero, ¿cuál es el fin dispuesto y quién es competente para determinarlo sino quien es responsable de sí mismo? Precisamente porque el hombre es y permanece hombre hasta el momento mismo de su muerte, tiene derecho a una vida humana y a una muerte humana. A diferencia del perro, sólo el hombre conoce que morirá y en consecuencia tiene derecho y capacidad para morir humanamente y no como perro, aunque en algunas circunstancias, de hecho, muera como perro. Ya va siendo hora que el problema de la eutanasia sea liberado de la zona de los tabúes teológicos donde se encuentra prisionero desde hace más de dos mil años.

— Ya va siendo hora de irse —interrumpió bruscamente la Flaca el argumento de su amigo el Sapo, mientras espiaba a través de la ventana—, está escampando y hay que ir a clases. Ya está bien de hablar de temas complicados y hasta cierto punto inútiles. Dejemos de preocuparnos por la muerte. Ahora ocupémosnos de disfrutar de la vida. Cuando seamos viejos nos hemos de aplicar a tales especulaciones.

La Flaca fue la primera en levantarse.

La discusión terminó. La lluvia también. Discretamente aparecía el sol. Nuestros amigos recogieron sus bártulos y abandonaron la estrecha y pesada mesa. Salieron de la cafetería como entraron, con las mismas convicciones.

Al apuro, saltando entre charco y charco, se dirigieron a recibir sus clases. Isaías, en solitario, la cabeza en las nubes, rumiaba sus argumentos. Llegó al aula atrasado y con los zapatos empapados.

Mientras tanto, la cafetería iba quedando vacía y languidecía por falta de ruido. La dependiente, como alma que lleva el diablo, saltó del mostrador y corrió a encender la televisión que se hallaba dormida en el soporte. Por lo que se vio, le aterraba el silencio, lo más cercano a la muerte mientras se vive.

Por mi parte, antes de ir a trabajar, me quedé un rato más en la cafetería. Tomé un sorbo de café, aspiré el cigarro. Me dejé hechizar por los ruidos de MTV y los sensuales movimientos de la voluptuosa Britney Spears.

Ahora que finalizo esta memoria, en el libro que tengo enfrente de casualidad alcanzo a leer:

Que te acoja la muerte

con todos tus sueños intactos. •

*Al retorno de una furiosa adolescencia,
al comienzo de las vacaciones que nunca te dieron,
te distinguirá la muerte con su primer aviso.*

*Te abrirá los ojos a sus grandes aguas,
te iniciará en su constante brisa de otro mundo.*

*La muerte se confundirá con tus sueños
y en ellos reconocerá los signos*

*que antaño fuera dejando,
como un cazador que a su regreso
reconoce sus marcas en la brecha.⁶*

Quito, abril - mayo de 2002

Notas

- 1) E. Fried, citado por Hans Küng, *¿Vida Eterna?*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 267.
 - 2) Bacon Francis, *Novum organum scientiarum*, Sección II, Aforismo VI.
 - 3) Guerasimchuk Ivetta, *Diccionario de los Vientos*, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, Barcelona, 2001, pág.16.
 - 4) Citado en Ilva Myriam Hoyos Castañeda, *La persona y sus derechos. Consideraciones bioéticas - jurídicas*, Temis, Bogotá, 2000, pág. 150.
 - 5) Idem, pág. 152
 - 6) Mutis Álvaro, *Suma de Maqroll el Gaviero. Poesía 1948-1988*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 65.
-

Bibliografía

- Cortina, Adela, *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993.
Diario El País, www.elpais.es, 2001, 2002.
Facorro, Susana J. - Vittadini, Susana N., *Dogmática Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
García-Sabell, Domingo, *Paseos alrededor de la muerte*, Alianza, Madrid, 1999.
Hoyos Castañeda, Ilva Myriam, *La persona y sus derechos. Consideraciones bioéticas-jurídicas*, Temis, Bogotá, 2000.
Kung, Hans, *¿Vida Eterna?*, Trotta, Madrid, 2001.
Larrea Holguín, Juan, *Derecho Constitucional*, I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2000.
Mackie, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, Gedisa, Barcelona, 2000.
Singer, Peter, *Compendio de Ética*, Alianza, Madrid, 1995.
Varios autores, *39 Cuestiones doctrinales*, Palabra, Madrid, 1995.
Varios autores, *Cuestiones morales*, Trotta, Madrid, 1996.
Varios autores, *Diccionario teológico enciclopédico*, Verbo Divino, Pamplona, 1995.
-

Las dimensiones éticas de lo público

Fabián Corral Burbano de Lara

Por largo tiempo, algunas doctrinas, los lugares comunes predominantes y el proceso de simplificación del pensamiento, mantuvieron arrinconada a la ética en los oscuros rincones de la intimidad personal. Se esforzaron los pensadores en marcar distancias entre el derecho positivo y la moral y en convertir a la ley en puro objeto de la técnica jurídica, ícono neutro labrado por la lógica. Así, las constituciones, transformadas en creaciones ideológicas desconectadas de la realidad, se impusieron a los pueblos como vestuarios cortados por la sabia tijera del racionalismo.

La pretensión de moldear a las sociedades desde la caprichosa perspectiva de las doctrinas desembocó en las peores tiranías. El positivismo extremo y su hijo, *el despotismo de los legisladores*, fueron buenos aliados del totalitarismo.

América Latina es dramático ejemplo de la inadecuación de los sistemas normativos a la realidad y de la consiguiente ineficacia de la ley entendida como presupuesto ideológico abstracto, a tal punto que, sin apartarnos del rigor analítico, y más allá de las metáforas que inspiran los episodios públicos de nuestros países, se puede afirmar que lo que tenemos no son *estados de derecho* -según la clásica propuesta de los pensadores liberales- sino anómalos *estados sin derecho* donde prosperan los monopolios públicos y privados, un mercantilismo rampante y la frustración colectiva derivada, en parte, de la inseguridad jurídica, de la falta de proyectos nacionales que entusiasmen a la colectividad y de la frondosa expedición de reglas secundarias que, en la práctica, derogan las garantías constitucionales y neutralizan los derechos ciudadanos.

Pocos repararon, durante el auge del constitucionalismo formal que por ciento setenta años ha sembrado incertidumbre en Latinoamérica, que la democracia no es problema de reglas únicamente; que el estado de derecho no se edifica sobre el frágil terreno de los presupuestos teóricos; que la economía de mercado es tema que tiene que ver con la idiosincrasia y la cultura, y que debe estar empapada por la ética; que los gobiernos, su inestabilidad o su durabilidad, están vinculados con las lealtades que la gente común les presta y con la credibilidad que suscitan en cada ciudadano; que la ley rige eficazmente cuando se convierte en *costumbre social*, y que la vigencia jurídica de las normas debe estar avalada por la *vigencia social* de los supuestos en que la juridicidad se apoya.

Pocos admitieron que el ordenamiento legal debe plantarse en la cultura; que el sistema legal debe considerar, articular y defender los valores predominantes y respetar las nociones morales de la comunidad. La ilusión de la modernidad oscureció la capacidad de análisis y la humilde realidad dejó de tomarse en cuenta. Prevalcieron, entonces,

las consideraciones hipotéticas, las brillantes abstracciones y la retórica discursiva. La ley se convirtió en ícono soberbio y la realidad fue vista como la especie hirsuta y montañosa que debía amoldarse a los cánones impuestos por los ilustrados.

Probablemente en la falta de sintonía entre la abstracción constitucionalista, el positivismo abstracto y la realidad cultural y social, esté la clave para entender lo que ocurre en América Latina y en Ecuador, cuyo drama radica en la eterna búsqueda de identidad política, en la permanente confusión pública y en los perversos sucedáneos generados para reemplazar, siempre provisoriamente, a instituciones que no cuajan y a los *deber ser* que no prosperan. Por eso, parece apropiado aproximarse en esta oportunidad a las dimensiones éticas de lo público y a las lealtades que deberían afianzar la democracia, es decir a los soportes extrajurídicos de la legalidad y a los referentes extrapolíticos de la política.

*Si las instituciones de la democracia y el capitalismo quieren funcionar adecuadamente, deben coexistir con ciertos hábitos culturales premodernos que aseguren su correcto funcionamiento- dice Francisco Fukuyama- Y agrega: Las leyes, los contratos y la racionalidad económica, proporcionan unas bases necesarias pero no suficientes para mantener la estabilidad y prosperidad de las sociedades postindustriales; pero también es preciso que cuenten con reciprocidad, obligaciones morales, responsabilidad hacia la comunidad y confianza, la cual se basa más en un hábito que en un cálculo racional. Esto último no significa un anacronismo para la sociedad moderna, sino más bien el sine qua non de su éxito.*¹

Lo que intento aquí, por cierto, es una somera y provisional aproximación a tan arduos temas bajo el presupuesto de que el Derecho, como ley (*Law*), y los *derechos* como potestades y poderes individuales (*rights*), tienen que ver con la ética y con la cultura y que lo público no se agota en la Constitución, ni en las instituciones, ni en la burocracia, ni en los noticieros ni en los titulares de primera página.

El imposible gobierno desde arriba ²

Es una quimera suponer que sin la virtud del pueblo, alguna forma de gobierno pueda asegurar la libertad o la felicidad, escribió James Madison. Así, con certeza y claridad, aludió al tema de la insuficiencia de los poderes entendidos exclusivamente como potestades legales desconectadas de sus bases de legitimación social y de participación ciudadana. **Podemos decir, en la línea de pensamiento de Madison, que el buen gobierno exige buen pueblo.**

Efectivamente, temas como la gobernabilidad, la eficiencia de las instituciones, la devaluación del servicio pú-

blico, la credibilidad de la autoridad y la funcionalidad de la democracia tienen que ver con la necesidad, cada vez más admitida y creciente, de que el mundo jurídico que norma a la función pública busque su sustento no solo en la validez formal de las reglas, en su perfección técnica o en su razonabilidad ideológica, ni tan solo en su potencial representatividad política, sino, además, en una red extra legal de *lealtades* y valores que viniendo de la ciudadanía, la vinculen con el poder; que comprometan a la sociedad civil más allá del mandato jurídico y que coloquen a la autoridad en el incómodo pero necesario esquema de rendición de cuentas moral, que afiance y dote de soporte social a los métodos de control jurídico y a las responsabilidades legales.

El *gobierno desde arriba* -entendido como el poder político formal, como autoridad y mando- y el Estado de derecho, son imposibles en la práctica -ineficaces en la terminología de Norberto Bobbio- si a las reglas jurídicas y a los controles políticos no se suman eficientes, oportunos y legítimos sistemas de control social implícito que operan desde el estado llano y en un ámbito distinto al de la ley. Eso supone, empero, que el pueblo tenga valores, que la conducta de la mayoría respecto de los asuntos de interés público funcione referida no solamente a *intereses* sino también a *lealtades*. Implica, por otra parte, que a la gente le importe el poder, y que correlativamente al poder le *interese* la credibilidad de los gobernados, no para manipularla con recursos demagógicos derivados de empleo cínico de los sondeos, sino para adecuar su conducta y sus estilos a las exigencias morales de la sociedad civil.

La coincidencia entre el interés y el entusiasmo de los ciudadanos por el buen gobierno -por su transparencia, honradez y eficiencia- y la correlativa importancia que los gobernantes den a la credibilidad pública como concepto ético, constituyen el nexo que hace posible el gobierno desde arriba. Y esto porque la gobernabilidad y la funcionalidad del sistema político tienen vinculación esencial con la confianza que es producto ciudadano que crece cuando la autoridad crea las condiciones para ello. La integridad en el manejo de la cosa pública potencia, suscita y despierta el *apetito de integridad* de la sociedad civil. Al contrario, la corrupción y el cinismo de gobernantes y partidos genera desaliento, tolerancia y admisión del ambiente de impunidad que es el más indicado para que prospere y se afiance la corrupción.

El poder necesita encontrarse- coincidir en algún punto- con la sociedad civil en el terreno de la ética. Si ese encuentro no se da, se devalúa la legitimidad de la autoridad y del sistema político, es decir, se evapora la justificación moral del derecho a mandar. En los problemas de ingobernabilidad está latente la deslegitimación de la función pública; probablemente por eso en los últimos tiempos aparece con tanta fuerza la necesidad de encontrar y reevaluar los soportes éticos de la autoridad, que pasaron de moda en los tiempos de auge de la modernidad positivista.

Estos razonamientos son más evidentes, y más acuciantes a la necesidad de ponerlos en práctica, cuando se examina el tema en la perspectiva de los gobiernos locales, porque ellos no son sino el *vecindario organizado* o la visión cercana de la política y del servicio público. Mientras más próximo esté el poder y la administración a la sociedad civil, más importante es el concepto de integridad y la cultura de trans-

parencia que deben actuar no como sucedáneos de los controles jurídicos, sino como su soporte social. **Los valores -o los antivalores- son el aire que respiran las instituciones. La cultura es el ambiente en el que se mueve la ley.**

La necesidad de una ética pública y de conductas leales de los gobernantes frente a las expectativas y aspiraciones de los ciudadanos, y, a la vez, la necesidad de que la sociedad civil milite activamente por la integridad, tienen que ver con la legitimidad del sistema democrático, porque ... *es difícil justificar la obligación de obedecer al derecho si tiene un nivel notable de corrupción.*³

*Más aún, ...el intento de "juridificar" las relaciones de poder y que éstas no tengan otro sustrato que el estrictamente jurídico puede ser una de las causas de la emergencia de la corrupción. Allí donde existen lazos jurídico-políticos reforzados por otro tipo de lazos de carácter social, la corrupción se dificulta.*⁴

Victoria Camps, en la misma línea de pensamiento, escribió que *Si los principios son insuficientes, también lo son las normas y las leyes. Lo son porque no todo se resuelve legislando ni las leyes son la mejor manera de hacer que funcione adecuadamente una comunidad de ciudadanos maduros y autónomos. Lo que cohesiona a la comunidad son las costumbres y la responsabilidad de los individuos frente a ellas. Montesquieu dijo que "cuando un pueblo tiene buenas costumbres, las leyes son sencillas."*⁵

En otro texto, la misma Victoria Camps dice que *...el deber de un gobierno democrático es ser transparente, hacer público lo que hace. También el deber ciudadano - y en especial el de los representantes del ciudadano: el parlamento- es exigirle al gobierno que explique por qué hace lo que hace o deja de hacer. Como hemos podido observar en la experiencia política reciente, la deslegitimación de los gobiernos no tiene su causa sólo en transgresiones de la ley denunciadas y sentenciadas por los jueces. Es la incoherencia ideológica, el incumplimiento de lo prometido, la inacción política, la omisión de respuestas lo que desilusiona a los electores y hace que cunda el descrédito.*⁶

La necesidad de lo que llamaremos el *vínculo ético* entre el gobierno y la sociedad civil, tiene que ver con el hecho incuestionable de que los controles políticos, las reglas jurídicas y aún el escándalo no han sido medios de corrección suficientes frente a la corrupción, porque a todos aquellos métodos no les acompaña una red de lealtades, principios y valores que le importen a la gente y que actúen como apoyo y soporte de los controles legales. El inventario racional de esas lealtades, de esas responsabilidades y consideraciones cívicas, de esos referentes es lo que, con alguna impropiedad, se ha llamado *el código de ética* y lo que podría denominarse también *las reglas de integridad*.

Hay que advertir que esas reglas de integridad no pueden consistir en un código más o menos *juridificado* de reglas de comportamiento. Convertir a la ética en norma jurídica es grave error. De lo que se trata es de identificar, y quizá reconstituir, valores sobre los cuales una sociedad determinada ancle su vida, referentes que formen parte de sistemas de control social, conductas apreciadas por la comunidad, estilos de vivir y gobernar que coincidan con los perfiles de humanidad, compromisos y responsabilidades que la sociedad civil ha venido labrando en su cultura. Se trata de descubrir y hacer patentes los límites, iniciativas, formas de

ser y hacer que coinciden con la jerarquía valorativa de una sociedad, y lograr por esa vía el rescate de la ética en los negocios y en el gobierno; se trata de comprometer conductas, generar o hacer patentes lealtades que la comunidad aprecia porque vive sobre ellas, porque encarnan sus ideales y porque, además, crean un ambiente de confianza que motiva e induce a comportamientos razonables.

Se trata de que la gente, mirando la acción de su gobierno -la transparencia de sus procedimientos y su eficiencia- llegue a *creer* en él, y que esa credibilidad evapore las dudas que el ciudadano usualmente tiene acerca de la utilidad de pagar impuestos, porque *se roban los fondos públicos o politiquen con ellos* o de obedecer a la autoridad y a la ley. Se trata de potenciar la confianza, de reevaluar la función pública y de meter en la política lealtades mutuas que obliguen a la comunidad y a la autoridad con más fuerza que la norma legal.

Democracia legítima y democracia eficiente

La autoridad -toda autoridad y todo poder- entraña un problema esencial: la necesidad de superar la sensación de servidumbre, de renuncia a la libertad, de sumisión de los que obedecen. Ese problema, en buena medida, se remedia cuando existe en el ciudadano la intuición de que se debe cumplir lo que manda la ley y lo que dispone el poder, no solo en mérito a la capacidad coercitiva de la norma, sino además porque existen fuertes razones éticas para hacerlo, y siempre que la autoridad nos de a cambio un poco de seguridad, de equidad y de orden. El pacto social entraña obligaciones y contrapartidas mutuas para que se mantenga intangible.

El poder no sirve, esto es, carece de propósito y de objeto, más aún es ilegítimo, cuando no entrega a la comunidad y a las personas una situación que haga posible que cada ciudadano, con su esfuerzo, alcance la felicidad individual. Esa situación se llama *el bien común* y es lo que justifica la existencia del Estado, del Municipio y de las demás instituciones de la República. José Antonio Marina, en un brillante ensayo, descubre y destaca la vinculación que existe entre la felicidad personal y lo que él llama la *felicidad política*. Dice Marina: *La felicidad política es una condición imprescindible para la felicidad personal. Hemos de realizar nuestros proyectos más íntimos, como el de ser feliz, integrándolos en proyectos compartidos como el de la justicia*. Más adelante dice el autor *tenemos, pues, que hablar de dos tipos de felicidad. Una es la felicidad subjetiva, un sentimiento pleno de bienestar, personal, íntimo. Otra es la felicidad objetiva, pública, política, social, que no es un sentimiento sino una situación, el marco deseable para vivir, aquel escenario donde la "búsqueda de la felicidad" ... resulta más fácil y tiene más garantías de éxito.*⁷

Hans Kelsen escribió que *...la búsqueda de la justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. Es una finalidad que el hombre no puede encontrar por sí mismo, y por ello la busca en la sociedad. La justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social.*⁸

La corrupción quita razones morales a la obediencia. Un poder corrupto e ineficiente se convierte en rival de la gente, en conspirador contra sus valores y en zapador de su felicidad. Esto es claro en los servicios públicos nulos o ma-

los, en las obras deficientes y tardías, en los sistemas educativos precarios y politizados, en las contrataciones irregulares, etc. Entonces, surge la pregunta ¿tiene la obediencia límites cuando el poder se deslegitima, cuando la República, los municipios y gobiernos locales, dejan de ser *cosa pública* o *cosa nuestra* en la terminología de Adela Cortina, para transformarse en cosa de los otros, en coto privado donde cazan oportunidades los allegados y los bendecidos por los dueños del destino colectivo?

La democracia como forma de nominar a la autoridad, como sistema de responsabilidades públicas y de rendición de cuentas es, sin duda, el menos malo de los sistemas de gobierno inventados por el hombre. El Estado de Derecho es un método eficiente para superar los rezagos de servidumbre que implica toda obediencia y para poner límite a la arbitrariedad que potencialmente existe en todo poder. La democracia y el Estado de Derecho se encarnan en la Constitución y en la ley. Pero algo más que la ley necesita la comunidad para prosperar y vivir. Algo más que la ley requiere el Estado para ejercer la autoridad y articular un proyecto duradero. Bastante más que la ley espera y exige el ciudadano para obedecer y entregar contribuciones importantes al erario público. Y ese algo es la legitimidad del sistema, la justificación moral de la autoridad, el sustento ético de las reglas y su coincidencia con la jerarquía de valores de la sociedad. Ese algo es la confianza.

Además de legítima, la democracia, como forma de gobierno debe ser eficiente y confiable. Debe medírsela por su representatividad, pero también por sus resultados humanos, sociales y económicos. Por tanto, ¿es tolerable, respetable y legítima la democracia ineficiente?

Los gobiernos locales están implicados y comprometidos en forma mucho más compleja con el tema de la legitimidad de la democracia eficiente. Ellos son los proveedores de oportunidades y servicios a la comunidad. Ellos son los gestores, planificadores y constructores de múltiples obras públicas. Con frecuencia, están a cargo de asuntos esenciales como la educación, la salud y la seguridad. Ellos contratan y ejecutan. Ellos son, por tanto, el primer escenario y el más cercano en que se prueba la eficiencia o ineficiencia de la democracia.

Algunos gobiernos a causa de su ineficiencia, corrupción o falta de planificación en su trabajo, abren en la comunidad la enorme y complicada interrogante de si la democracia es buena y legítima solamente porque es democracia, o si, además, debería exigírsele justificaciones por sus resultados y por el grado de oportunidades que los ciudadanos tienen cuando viven en un régimen de derecho y de representación política, que asegura, cierto es, el voto, la vigencia de la Constitución y hasta la libertad formal, pero que, con frecuencia, a la mayoría de la gente no le brinda oportunidades para vivir y crecer con razonable dignidad.

La legitimidad moral de un régimen toca, en muchos aspectos, con la eficiencia en la prestación de los servicios y en la ejecución de las obras, y con la transparencia en las conductas públicas. De allí que tenga tanta importancia la rendición de cuentas de que nos ocuparemos más adelante.

La democracia que legitima formalmente a muchos gobiernos, además de ser un sistema idóneo para elegir a los cuadros gobernantes, debe ser -como en algunos sitios en que ya ha logrado tan importantes cotas- un medio apropiado

do para alcanzar cierto grado de progreso. La democracia ineficiente no es democracia verdadera. La ineficiencia pública y la corrupción provocan pobreza y la pobreza disminuye o anula la libertad real. El analfabetismo, la desnutrición, la falta de vías suprimen, o al menos dificultan gravemente la capacidad de elegir con responsabilidad y permiten que la gente sea presa de la demagogia y el populismo. O que esa gente quede sumida en la indolencia, en la permisividad y en el consentimiento de prácticas de corrupción.

Desde la perspectiva de la sociedad civil, lo más grave quizá es que los gobiernos con visos de corrupción e ineficiencia, erosionan la confianza, matan los referentes de la comunidad, devalúan el prestigio de las instituciones, inauguran la negociación de las reglas. De ese modo la sociedad se *inmoraliza* y tiende al cinismo y a la admisión de prácticas corruptas como formas normales de manejar la función pública y la empresa.

El más serio mandato moral que encierra la democracia es su implícito compromiso ético de fomentar la confianza de los ciudadanos y de generar una sensación de bienestar y seguridad personal de vivir en un régimen representativo. La democracia ineficiente mata la fe en la democracia buena. Por eso, tema central de las reglas de integridad de los gobiernos es el de conciliar la representatividad política, el poder responsable y limitado, con la oportunidad y eficiencia del servicio público y con la idoneidad de la obra pública y la transparencia de la gestión. Si queremos que la democracia deje de ser exclusivamente una versión constitucional y formal del poder y se transforme en un valor social, que comprometa y apasione a los ciudadanos, hay que pasar de la democracia declarativa de derechos a la democracia eficiente en términos sociales, económicos, culturales y humanos.

Aquí hay una tarea grande que, sin duda, toca a la integridad, a la ética pública y a la moral política, vistas todas ellas desde la lógica de una ciudadanía protagonista de su vida y militante por sus libertades y derechos.

El sentido económico de la ética

Los gobiernos, los empresarios y, en general, los administradores públicos y privados deberían ver a la ética desde el punto de vista de la conveniencia económica. Esto implica, por supuesto, un serio esfuerzo ideológico, educativo, moral y político, porque en buena parte de las sociedades que han perdido los referentes éticos, se ha extendido la errónea idea de que la honradez es mal negocio. Más aún, con alta dosis de cinismo, se sostiene que no es posible la obra o el servicio público sin la interferencia de la corrupción como mal necesario o, al menos, como evento tolerable.

La derrota ética que semejantes apreciaciones implican, encuentra su peor vertiente en la *legitimación de la coima* como práctica en la administración, y en la resignación de mandatarios y ciudadanos que empiezan a contabilizar las prebendas, los pagos irregulares y otros métodos de corrupción como *costos* que deben considerarse en la liquidación normal de la obra y en la determinación de las tarifas.

Para los países, los gobiernos y las empresas privadas o públicas la corrupción es un costo tan elevado que desnaturaliza la función de la economía sana, pervierte la competencia y encarece la aplicación del derecho. Por eso, tratán-

dose de un tema relacionado con la integridad de la acción de los gobiernos, conviene mirar a la ética desde la perspectiva de su función económica. Conviene ya no solo hablar y pensar en el mercado como instancia puramente económica, sino en el mercado como espacio de transacción donde actúan personas, empresas y administradores públicos que, finalmente, son o están representados por personas con cargas éticas y obligaciones frente a la comunidad. Hay que hablar, como alguien decía, del *mercado de la virtud*.⁹

Las conductas ajustadas a los valores y limitadas por las convicciones ahorran costos, transparentan las transacciones y aseguran la calidad de las obras y servicios. Ante la extensión de la corrupción, los sistemas legales responden agregando controles, funcionarios y oficinas que sirven de poco frente a la voracidad de las mafias que circundan a la administración. Esos controles son costos para los gobiernos y para las empresas. Por otra parte, son malos negocios para el Estado y los ciudadanos las obras públicas defectuosas, los contratos obtenidos al influjo de prácticas ilegales, los funcionarios que encarecen las actividades legítimas facilitando las ilegítimas. Las obras innecesarias, las compras inconvenientes y la aplicación torpe e interesada de la ley le cuestan a la comunidad miles de millones de dólares. La corrupción es el hueco negro de la economía libre.

Aun desde el enfoque puramente económico de los comportamientos sociales, aun abstrayendo a las conductas administrativas de consideraciones éticas, resulta evidente que, desde la perspectiva puramente utilitaria, en términos de resultados y de satisfacción de necesidades, es mejor el servicio público eficiente y la obra pública ejecutada con transparencia, que servicios y obras viciados por la corrupción.

Adela Cortina dice que ... *los actos de corrupción perjudican directamente a la persona o personas estafadas, sea el ciudadano en el caso de la corrupción política, sea el cliente en el caso de la empresarial... sin embargo, el daño causado no se limita a la estafa puntual que, aunque en ocasiones muy puntuales podría ser en parte reparado, sino que se amplía al hecho irreversible de que actuaciones como estas erosionan la credibilidad de las instituciones y minan la confianza en ellas. Y agrega, este paulatino descrédito de las instituciones no sólo es inmoral, no solo es ilegal, sino que desmoraliza, roba el ánimo al medio y largo plazo de la sociedad en su conjunto, y en una sociedad desanimada no puede emprenderse nada sólido*.¹⁰

Afirmar que la ética es buen negocio desde la perspectiva económica puede parecer extraño y hasta disparatado cuando lo dominante es la corruptela y la negociación interesada de las reglas, los concursos públicos y otro tipo de transacciones que promueven los gobiernos. Sin embargo, aun desde la perspectiva de lo puramente económico, en términos de eficiencia y rentabilidad, el respeto a la ley y la observancia de valores como la transparencia y la pulcritud resultan convenientes. El rigor en el cumplimiento de la ley y de los contratos y, en general, el respeto al derecho, al eliminar la incertidumbre, disminuyen los riesgos y alientan la competencia legítima. Al contrario, la corrupción, como queda dicho, constituye un enorme costo oculto para los países, porque pervierte y devalúa la obra y el servicio públicos, aleja las inversiones serias de corporaciones controladas con códigos éticos fuertes y desalienta a los que no sa-

ben conducirse en el mundo precario y riesgoso de la coima y la mentira.

La experiencia está demostrando que no hay forma más eficiente de administrar los intereses del Estado que con pocos pero escrupulosos empleados que manejen lo ajeno con más rigor que lo propio. Pero hay que considerar que el manejo honorable de la cosa pública toca también y de manera fundamental el tema de la adecuada y transparente formulación de la leyes y de las políticas públicas. La transparencia personal de funcionarios y comités de gestión es ciertamente fundamental, pero no será eficaz si las reglas que ellos aplican no corresponden al afán de transparencia. Desde ese punto de vista, los sistemas legislativos y el ejercicio de potestades legales delegadas por parte de los gobiernos locales, deberían estar comprometidos con reglas básicas de integridad, admitiendo que este tema es especialmente arduo porque toca la índole misma de instituciones republicanas cuyo descrédito es grave.

De todas formas, parece importante y oportuno tratar asuntos de este tenor y proponer como regla de integridad esencial la de la revaluación del sentido económico de la ética y la de la función que ella tiene en el mercado en que incursionan los gobiernos, más aún si la obra pública tiene agentes privados que la ejecutan.

La rendición de cuentas o la lealtad a la confianza ciudadana

La rendición de cuentas es una institución clave del sistema democrático. En la doctrina, hay numerosas razones que la explican y soportan. Las más usuales son de carácter político: si el depositario y titular legítimo del poder es el pueblo, y si el pueblo encarga a sus mandatarios, por la vía del voto, el ejercicio limitado y reglado de ese poder ajeno, el gobernante está obligado de rendir cuentas de su uso. Por otra parte, la rendición de cuentas es una expresión del principio de sujeción a la ley y de vigencia del régimen de derecho, que somete a normas específicas la acción de las autoridades.

El principio jurídico de que en derecho público solamente se puede hacer lo que está expresamente mandado y previsto como potestad en una norma tiene su contrapartida en la rendición de cuentas, esto es, en la explicación de cómo se administran las reglas y cómo se ejercen las facultades. Este asunto tiene vinculación con el hecho de que el poder en los sistemas liberales es limitado y compartido. Además, juega el principio de que se trata de un *poder responsable*, en que el ejercicio de la autoridad acarrea deberes jurídicos específicos frente al mandante.

La rendición de cuentas tiene facetas políticas y constitucionales. Está en la base del sistema de delegación de poderes. Mucho se ha ocupado la literatura política de los enfoques normativos e institucionales. La literatura sobre las consideraciones éticas y cívicas del tema ha sido comparativamente escasa. Últimamente, se han ocupado con insistencia del tema pensadores de la talla de Victoria Camps, Adela Cortina, Fernando Savater y José Antonio Marina, quienes sostienen que la rendición de cuentas, como muchas otras instituciones del poder, tiene fundamentos éticos.

La dimensión ética de la rendición de cuentas es la contrapartida de la confianza que la comunidad deposita las au-

toridades. Su poder no puede estar anclado solamente en la ley y en el temor a la sanción. El poder no es eficiente si carece del soporte moral de la credibilidad de los ciudadanos. Cuando a la autoridad no se le cree, cuando desde el punto de vista de los ciudadanos ella no es fiable, los controles jurídicos pierden el soporte esencial y derivan hacia la ineficacia.

La democracia es el único sistema político que se fundamenta en actos éticos de los ciudadanos. Su legitimidad como poder se basa en el voto, y el voto es íntima confesión, elección personalísima de cada individuo, que vota porque cree en el candidato y en su programa. El encargo político tiene vinculación directa en el hecho de que el ciudadano se fía de un candidato y confía en sus propuestas, capacidad y honradez. De manera que la elección de la autoridad coloca a ésta en deuda frente a los electores. Y esa deuda se paga con la rendición de cuentas del poder ajeno, con la transparencia en la administración de la cosa pública, con la obligación de eficiencia, utilidad y oportunidad de la obra y del servicio público.

Si se admiten las tesis contractualistas en la explicación del origen del poder, si el Estado nace de un contrato social según las tesis liberales, cabría pensar, siguiendo la vieja tradición romana, que el contrato político que celebran los electores con sus mandatarios se basa en la buena fe, que deriva en la confianza y que coloca al gobernante en la obligación moral de honrarla. Probablemente una de las explicaciones del deterioro institucional y del descalabro de la democracia representativa esté en que los gobernantes actúan con mala fe, engañando a los electores y escamoteando la rendición de cuentas. Las leyes sobran cuando prospera la desconfianza. Los contratos -el contrato político- carecen de eficacia cuando están anclados en la buena fe, esto es, en los compromisos éticos de ambos contratantes.

Entre autoridad local y electores no solamente existe un vínculo jurídico-político que se canaliza y expresa por medio de las instituciones y las leyes. Además, se entabla entre ellos una relación ética, una lealtad, una obligación moral de coherencia entre la oferta electoral y la acción de gobierno. Este tema, vinculado con la rendición de cuentas, con el balance de eficacia democrática toca el asunto del populismo y las campañas entendidas como empresas electorales en las que se explota la credibilidad popular.

La confianza es uno de los pilares éticos en los que descansa la autoridad. Se puede defraudar a la ciudadanía y faltar a la lealtad que se le debe desde la autoridad, de varios modos: con la falta de coherencia entre la propuesta electoral con la cual se obtiene el voto y el verdadero plan de gobierno que se ejecuta; con la falta de oportunidad en la ejecución de la obra pública; con la defectuosa prestación de servicios; con la falta de transparencia en los procesos de contratación; con el dispendio de los recursos públicos ya sea inflando la burocracia, otorgándole prebendas o admitiendo prácticas corruptas; con la ejecución de obras innecesarias que responden a compromisos políticos o a prácticas caciquistas.

La rendición de cuentas es tema fundamental de la ética pública. Y esa rendición debería estar referida al ciertos *principios* o pautas que animan a la ética de la administración pública, que fueron sintetizados en el conocido *Informe Nolan* (Standards in Public Life), presentado en 1995 al

Parlamento Británico y que Adela Cortina resume en: *-desinterés*, como compromiso de los que ocupan cargos públicos en tomar decisiones solamente bajo las consideraciones del interés público y con prescindencia absoluta del interés privado; *-integridad*, que alude al hecho de que los funcionarios no deben colocarse bajo ninguna obligación o compromiso financiero o de otra índole, que pueda influir en el desempeño de sus responsabilidades; *-objetividad*, al tomar decisiones y llevar a cabo los asuntos públicos, los nombramientos y los contratos, sin consideraciones que distorsionen la imparcialidad basada en los hechos; *-responsabilidad*, que se traduce en la rendición de cuentas y en la sujeción al escrutinio público de sus actos y omisiones; *-transparencia*, esto es, el imperativo moral de obrar en la forma más abierta, evitando la limitación de la información solamente a los casos en que tal limitación sea indispensable para el interés público; *-honestidad*, la única meta del funcionario es la protección efectiva y constante del interés público, lo que le obliga a prescindir de condicionamientos de otra índole y a poner de manifiesto los potenciales conflictos entre su interés privados y el colectivos; y, *-liderazgo*, tarea ética del funcionario es ejercer la autoridad en forma ejemplar, esto obrado de tal modo que su conducta arrastre y marque rutas frente al resto de la administración y a la colectividad.¹¹

Estos son los referentes que la ciudadanía debería considerar en los procesos de rendición de cuentas, en los escrutinios constantes, expresos e implícitos que formule respecto del desempeño del gobierno. Hay que precisar y distinguir que la rendición de cuentas a que me refiero, más allá del deber jurídico que las reglas de la administración contienen, debería transformarse en un *hábito* de la autoridad frente a la comunidad, esto es, en una práctica constante, en una especie de cultura. Por su parte, la comunidad está llamada a ejercer esa práctica, encarnarla en la vida diaria. Solo así podrá la rendición de cuentas convertirse en un *vínculo ético* que soporte la confianza y la fidelidad en el ejercicio del gobierno local. Ese hábito, esa cultura de la sociedad, debería transformarse en una verdadera *vigencia social*, en el sentido que la vigencia tiene en la filosofía de Ortega y Gasset, es decir en una *fuerza social* vinculante que induzca consistentemente los comportamientos.

La vigencia social, según lo ha desarrollado ampliamente Julián Marías siguiendo a Ortega, en *La Estructura Social*, se conforma de referentes, valores o *ideales de conducta* que *importan* a los miembros de una sociedad, ya estén en el papel de ciudadanos o de autoridades, es decir que imponen lealtades entre ellas y que, eventualmente, cuando se las rompe, suscitan una sanción social, una descalificación o exclusión. Si a la autoridad local no le importa el prestigio que la credibilidad suscita, no será posible ni eficaz la rendición moral de cuentas. En ese sentido, si no existe una revalorización del concepto de *prestigio*, del nombre bien habido, de la confianza personal y de la fidelidad, la democracia seguirá la ruta de una formalidad política sin contenidos éticos eficaces, que la ley no puede suplir.

La burocracia, sujeto y objeto de la ética pública

Uno de los fenómenos más frecuentes en la administración de los intereses colectivos es el de la burocratización del poder, y más aún, la tendencia de los funcionarios de ca-

rrera y empleados, sindicalizados o protegidos por leyes de servicio civil y carrera administrativa, a constituir poderes paralelos dentro de las organizaciones, que controlan y desvían las decisiones, condicionan su ejecución, administran la información y quitan transparencia y oportunidad a los actos de gobierno.

Los gobiernos no existen sin administración profesional. Sin embargo, con frecuencia, la burocracia está sindicalizada y fuertemente protegida por los contratos colectivos y la ley. Pero no se han examinado a profundidad los condicionamientos burocráticos que recaen sobre el poder legítimo y la disolución de la representatividad y de los programas de gobierno en los memorandos, prácticas y secretos de la burocracia.

Max Weber estudió con detenimiento el tema en su clásico libro *¿Qué es la burocracia?* y sostuvo, con razón, que el poder político formal -el gobierno electo y sus cuadros- que se enfrenta con el funcionario adiestrado, incorporado a la dirección administrativa e investido de la jerarquía formal de un interlocutor válido, está en la situación del *aficionado* frente al *experto*. La burocracia guarda los secretos de la administración, custodia los archivos, *protege* la información. Con frecuencia, el *secretismo* asociado al profesionalismo del burócrata constituye una verdadera fuente de poder y origen de corrupción.

De otra parte, defectos profundos de los sistemas electorales son el populismo y el caciquismo, que derivan en el clásico clientelismo, que llena de personal innecesario las dependencias, distorsiona el gasto, confronta grupos humanos e induce al *amiguismo* en la contratación y a claras manifestaciones de corrupción en el uso de los recursos, en el manejo de concesiones, en el influjo político partidista en las decisiones, etc. La burocratización y el clientelismo son dos facetas importantes de los cuadros de corrupción en los gobiernos y son formas de disolución de la representatividad democrática.

No puede haber rendición de cuentas eficaz, ni estarán los gobiernos en capacidad de corresponder a la lealtad que le deben a la comunidad, ni transparentar procedimientos y decisiones, ni ser eficientes, ni invertir razonablemente los recursos, a menos que se regulen las atribuciones de la burocracia profesional y se racionalicen los regímenes laboral o administrativo que amparan a los funcionarios. Éstas son medidas jurídicas, pero, como en todo lo demás, los deberes y los límites legales serán insuficientes e ineficaces si a ellos no les acompañan reglas de integridad que deben cumplir los titulares de los gobiernos frente a la burocracia y desde la burocracia.

Los funcionarios deben ser sujetos de reglas de integridad y la sociedad civil debe habituarse a dirigir sus exigencias de comportamiento ético no solamente hacia los administradores visibles de los gobiernos, que generalmente proceden de elecciones o nominaciones públicas temporales. Deben dirigir sus ojos, sus exigencias y las reglas básicas de integridad a las burocracias de todos los niveles, porque más allá de la corrupción con ribetes políticos, hay la otra, la corrupción en la administración, la corrupción que anida en los mandos medios, las obscuridades que prosperan entre la abundancia de las reglas y la confusión de las potestades. Una fuente de corrupción es la abundancia de *basura legal*, constituida por miles de reglas secundarias

expedidas por la burocracia, que entorpecen la administración y confunden a los ciudadanos. Otra fuente es el descrédito de la ley y el ejercicio de potestades discrecionales de todo orden, que colocan a la seguridad jurídica en entredicho y a los derechos subjetivos de los ciudadanos en constante incertidumbre.

La integridad indica que el clientelismo habitual de los partidos y otras corporaciones es conducta antiética y que una demanda de integridad es, sin duda, el compromiso ante la comunidad de no acrecentar innecesariamente la burocracia, de racionalizar el gasto, de transparentar los procedimientos de incorporación de personal y de respetar el profesionalismo de la administración. Tema arduo, sin duda, pero necesario este de dejar de considerar a los gobiernos como bolsas de empleo de los partidarios del líder de ocasión.

En varias reglas de integridad debe comprometerse la burocracia de los gobiernos, a fin de profesionalizar de verdad los procedimientos, dar trato razonable a los usuarios, resistir a la tentación de la coima, esforzarse por incorporar una cultura de eficiencia y de excelencia en la prestación de los servicios públicos, evitar el dispendio de los recursos y colaborar con los gobiernos en los procesos de rendición de cuentas.

La burocratización de los gobiernos locales atenta contra la *eficiencia*, pues entorpece, retarda y diluye la prestación de servicios y la ejecución de obras, con costos innecesarios para la comunidad; atenta contra la *transparencia*, pues el secretismo, los códigos cifrados en comités y contratos, la manipulación de la ley y la abundante expedición de legislación secundaria encubre a la burocracia y obscurece la claridad de los procedimientos; atenta contra *oportunidad del servicio y su mejora*; atenta contra la *idoneidad de la obra*.

Por lo mismo, las reglas de la integridad deberían apuntar a rescatar el sentido de servicio de la administración, la claridad de las reglas, la objetividad de las decisiones, de modo de hacer posible la rendición de cuentas y elevar el aprecio general por la función pública, tan venida a menos en la mayoría de nuestros países, que para ello debe dar testimonios coherentes y comprometedores.

La dimensión ética de los impuestos

La economía para funcionar bien necesita instituciones eficaces, referentes éticos y prerrequisitos culturales. El mercado opera fundamentalmente con intereses y su punto central es el *egoísmo racional*, el afán de acumulación y la legitimidad de la ganancia. Pero no es menos cierto que el mercado debe contar con una red institucional y con un ambiente de hábitos de honradez, fidelidad al cliente, respeto a los contratos, espíritu de trabajo y eficiencia. Se requieren, por supuesto, convicciones que sirven de soportes culturales. Como bien escribió alguna vez Mariano Grondona, la prosperidad económica y el auge del mercado tienen como condiciones esenciales valores no económicos.

Los sistemas tributarios, al igual que el mercado, deben contar con valores no económicos, con referentes éticos que permitan la funcionalidad impositiva. De lo contrario la ley no opera y la defraudación campea en la sociedad.

Cuando se discute el incremento de los impuestos, lo que se expone como argumento únicamente es el déficit

presupuestario, las necesidades crecientes, los gastos descubiertos. Las autoridades suponen, con frecuencia y descubriendo una notable superficialidad de análisis, que los impuestos son solamente cuestión de cifras y de leyes. Quienes están en los secretos de los indicadores del gasto presumen que la razón y la justificación se quedan únicamente en las cifras que presentan. Pero esa no es la verdad completa. El hecho cierto es que las cifras, al igual que las leyes, necesitan *razones* morales que las sustenten, porque la economía pública, sus presupuestos y demandas pueden ser técnicamente impecables, pero éticamente lesivos.

Los impuestos son la clave sin la cual no funciona una economía libre y un Estado y un gobierno soberanos. Pero los ciudadanos tienen que exigir a quienes ejercen el poder la *legitimación social y moral del régimen tributario*. La comunidad tiene derecho a saber -y los gobiernos están obligados a explicar- cuál es el destino de los impuestos y tarifas, cuál es relación con el financiamiento de la obra pública.

Los impuestos, como casi todo, encierran un problema ético vinculado, por una parte, con la transparencia en cuanto al destino de los impuestos y, además, con el comportamiento de los contribuyentes. Si para los ciudadanos es un deber legal y moral pagar los tributos, para los gobiernos es también obligación moral justificar su empleo, y ésta es una manifestación concreta de la rendición de cuentas.

Los gobiernos locales deberían tender hacia el autofinanciamiento, es la mejor forma de iniciar con paso firme el camino hacia la descentralización administrativa. Eso conlleva una apuesta a la integridad y a la transparencia. La cultura tributaria de la que tanto se habla no es sino un conjunto de hábitos y compromisos frente al gobierno, de lealtades, que deben nacer y desarrollarse en los contribuyentes a tal punto que inhiban, por convicción, las tentaciones evasoras. Eso, evidentemente está vinculado con la credibilidad del gobierno, con su prestigio.

En lo tributario, como en ningún otro asunto, es claro el vínculo ético que existe entre gobierno y ciudadanía. Hay en ese tema una especie de *contraprestación de lealtades y confianzas*, por eso, el mayor obstáculo para generar la cultura tributaria es la poca o ninguna transparencia de los gobiernos en cuanto al destino de los tributos, a la equidad y generalidad de las reglas, a la eficacia de la recaudación a los que más tienen, a la proporcionalidad de las tarifas. Los llamados *principios de la tributación* si bien inspiran a las leyes, constituyen también principios, valores y referentes que deben cuajar en la conducta de los administradores públicos y de los ciudadanos, antes que por medio de la ley, a través de los compromisos ciudadanos y los deberes morales de los gobiernos que deben coincidir en el mismo punto: en la mutua confianza, de los unos para entregar sus recursos a la administración y de los otros para honrar esa confianza empleando adecuadamente los fondos y dotando a la comunidad de servicios apropiados y oportunos y de obras públicas idóneas.

Probablemente la falta de valores y referentes éticos, la carencia de anclas culturales es lo que explica la debilidad tradicional de los regímenes de derecho. Allí está, quizá, el secreto de la ineficacia de las leyes y de esa sensación extendida de fraude colectivo que tiene la gente cuando de hablar de la política se trata.

Así, pues, el buen gobierno no depende exclusivamente de la Constitución ideal, ni de la perfección técnica de las leyes. Depende, en gran medida, de la buena fe de los gobernantes, de los compromisos y lealtades de los gobernados, del valor de la palabra de la autoridad, de la eficacia de

la ley. Depende de esa difusa, compleja e incómoda ética, cuya ausencia todos lamentamos a la hora de hacer los balances después de los descalabros políticos y de las crisis financieras.

Notas

1. Fukuyama, Francisco. *Trust*. 1995. pág.11
 2. Adela Cortina habla del *imposible estado de derecho*, en *Hasta un pueblo de demonios*. 1998.
 3. Calsamiglia, Alberto. *Cuestiones de lealtad*. Madrid. 2000, pág. 23.
 4. Op. cit, pág. 23.
 5. Camps, Victoria y Salvador Giner. *Manual de Civismo*. Ariel, 1999. pág.139.
 6. Camps, Victoria. *El malestar de la vida pública*. Grijalbo, 1996, pág.50.
 7. Marina José Antonio. *La lucha por la dignidad*. Edit. Anagrama, Barcelona 2000 pág. 30-31.
 8. Kelsen, Hans, *Qué es la Justicia?* Ariel Barcelona 1991, pág. 59.
 9. Baurmann, Michael. 1998.
 10. Cortina, Adela. *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, pág. 99. Edit. Taurus. 1998.
 11. Cortina, Adela. Op. cit, pág. 161.
-

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

ALEJANDRO PONCE VILLACÍS

El derecho de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos

RAMIRO AGUILAR TORRES

El recurso de apelación en materia penal

GIL BARRAGÁN ROMERO

El recurso de casación

El recurso de apelación en materia penal

Ramiro Aguilar Torres

*Si yo pudiera haber sido otra cosa que escritor,
me habría gustado ser abogado.
Habría sido un abogado maravilloso.
Tal vez hubiera sido muy feliz.*

Truman Capote

A manera de preámbulo

Cuando Diego Pérez me pidió que colaborara con este número de la revista *Juris Dictio*, tenía pensado escribir sobre la Defensoría Pública establecida en el nuevo Código de Procedimiento Penal. No obstante, un hecho inesperado cambió las cosas; y aquí estoy escribiendo sobre el recurso de apelación en materia penal.

La jueza Baldomera protagonizó un hecho curioso: el día miércoles en la mañana debía evacuar una audiencia preliminar por un delito de acción pública de instancia oficial. En la audiencia preliminar, por disposición del Art. 229 del Código de Procedimiento Penal, el juez de lo penal debe escuchar los alegatos que presenten las partes sobre la existencia de requisitos de procedibilidad o de cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso; las alegaciones respecto a los fundamentos del dictamen fiscal y de la acusación particular, si la hubiere; y, la evidencia documental que sustente las antedichas alegaciones. Lo cierto es que cuando el día martes le fue requerido el expediente para sacar las últimas copias, contestó: *...disculpará señorita pero me lleve a la casa para irrr adelantando la rrredacción..... es que como desde mañana tenemos un seminario de capacitación.....verá no se haga problema ya le mando a trrrraerrr de mi casa...*

Cuando supe del episodio, da igual que fuera en Quito o en otra ciudad del Ecuador, me quedé perplejo. Después de más de una década ejerciendo la abogacía en Ecuador, pocas cosas me sorprenden. En este caso, me sorprendió el ascenso de la *suscrita jueza* quien solía entretener sus tardes atormentando actuarios de secretaría en alguna dependencia judicial y de pronto le dieron la alternativa y le mandaron a lidiar con juicios. Pero esto que acababa de pasar era irónico, risible e indignante.

El jueves debía concurrir a mi clase de Procesal Penal en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad y francamente no pude ir. Se me caía la cara de vergüenza de solo pensar que en mi país hay personas que se ufanan por ser *Doctores (as) en Jurisprudencia* y *suscritos jueces o juezas* y adelantan la redacción de sus resoluciones sin importarles un cuerno lo que se diga en la audiencia preliminar.

Para terminar la historia, su resolución fue una triste copia de la instrucción fiscal.

Por suerte hay apelación. Y aquí estamos, analizando la apelación.

Definición

Desde el punto de vista estrictamente semántico, apelar es: *Recurrir al juez o tribunal superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior.*¹

Parcialmente equivocado está Torres Chávez cuando dice que: *Apelación quiere decir inconformidad, insatisfacción, rechazo, protesta de un fallo, para que el superior del juez que lo dictó, lo revoque, modifique o anule.*² La inconformidad, insatisfacción o rechazo son las motivaciones de la apelación pero jamás la apelación en sí misma.

Friedrich Durrenmatt dice que *La verdad acontece en planos inalcanzables para el aparato judicial*. De hecho, los abogados hablamos de dos verdades. La verdad histórica - por llamarla de alguna manera - que es aquella que refleja los hechos tal cual ocurrieron; y la verdad procesal que refleja los hechos tal cual le son presentados al juez, o tal cual los percibe el juez, quien cargando con la responsabilidad de juzgar, tiene el limitante fatal de no ser un espectador de los hechos y en tal virtud, la verdad fáctica le será esquivada siempre. Una resolución judicial será más justa en la medida en que más se acerque a lo verdaderamente ocurrido. Lo dicho bastaría para que hasta el más acérrimo creyente en la justicia se dé cuenta de que la posibilidad del error judicial es alta en cualquier país y con cualquier sistema procesal.

Por eso, en el Estado de Derecho, la apelación es conatural al proceso. Su régimen debe ser amplio, extremadamente amplio; de forma que se limiten al máximo sus restricciones y cortapisas. Al respecto el Art. 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dice que: *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley.*

El justiciable ejerce el derecho de impugnación o de doble instancia consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, mediante la interposición de recursos. No obstante, como bien ha apuntado el Tribunal Constitucional español: *...este mandato no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías derivadas del Art. 24 de la Constitución española se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. La libertad de configuración por parte*

del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el Art. 14.5 del Pacto ("...conforme a lo prescrito por la Ley").³

El recurso es el mecanismo con el cual se ejerce el derecho de impugnación. Por otra parte la impugnación no es obligatoria. Como bien anota Cabrera Acosta: *La impugnación no es un deber ni menos una obligación que tienen las partes ante las providencias equivocadas de los jueces. Es una facultad, es un derecho que la ley otorga a ellas para enmendar los errores en que los funcionarios hayan incurrido en sus providencias.*⁴ Al no ser obligatoria la apelación, es desistible.⁵

Dentro de este contexto, la apelación es el recurso más antiguo. Eugenio Florián afirma que: *La apelación es el recurso clásico y de uso más común; es además el más eficaz en cuanto lleva a un segundo examen, más o menos completo de la causa. Tiene raíces muy antiguas, y así lo encontramos ya bien definido en el proceso penal romano de la época imperial.*⁶

El recurso de apelación se materializa en el acto por el cual una de las partes en litigio comparece ante el juez que ha emitido un auto o sentencia desfavorable y le pide que remita el proceso al juez o tribunal superior para que sea éste quien vuelva a leer y examinar el expediente; y de haber error, lo corrija enmendando o revocando la providencia recurrida.

El Art. 327 del Código de Procedimiento Civil dice que la apelación es: *la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme en decreto, auto o sentencia del inferior.*

Quiénes pueden interponer el recurso

El Art. 343 del Código de Procedimiento Penal dice lo siguiente:

Procedencia.- *Procede el recurso de apelación cuando alguna de las partes lo interponga en los siguientes casos:*

1. *Del auto de sobreseimiento;*
2. *Del auto de llamamiento a juicio;*
3. *De los autos de nulidad, de prescripción y de inhibición por causa de competencia;*
4. *Del auto de prisión preventiva, conforme al procedimiento previsto en este Código;*
5. *De la sentencia de acción privada;*
6. *De la sentencia sobre la reparación del daño; y,*
7. *De la sentencia dictada en el proceso abreviado.*

Las partes en el proceso penal son las siguientes: el fiscal en representación del Ministerio Público; el acusador particular; y, el imputado.

El fiscal interviene como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública, no tendrá participación en los juicios de acción privada (Art. 65 del CPP).

El Art. 68 del Código de Procedimiento Penal dice lo siguiente:

Ofendido.- *Se considera ofendido:*

1. *Al directamente afectado por el delito, y a falta de éste a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;*

2. *A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen;*
3. *A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses;*
4. *A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,*
5. *A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.*

El ofendido puede actuar en el proceso penal como acusador particular. En efecto, el Código de Procedimiento Penal, al consagrar los derechos del ofendido en el artículo 69, dice que el ofendido tiene derecho a intervenir en el proceso penal como acusador particular.

Si el ofendido no ha decidido presentarse al proceso penal como acusador particular, no es parte en el proceso y por ende no podría interponer recurso de apelación.

Se denomina imputado - según el Art. 70 del CPP -, a la persona: *a quien el fiscal atribuya participación en un acto punible como actor, cómplice o encubridor; y, acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o en contra de la cual se ha presentado una querrela.* La condición de imputado nace en el momento en que el fiscal *imputa* participación a una persona en un hecho delictivo; y esto ocurre en la Resolución en que se da inicio a la instrucción.

El Art. 12 del CPP dice que el imputado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez debe designarlo de oficio antes de que se produzca su primera declaración. El juez o tribunal pueden autorizar que el imputado se defienda por sí mismo. En este caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica. Si el imputado no designa un defensor privado, el juez debe designar un defensor de oficio (Art. 12 CPP). Al tratar el inicio de la instrucción fiscal el Art. 217 del CPP, dice lo siguiente: *El fiscal notificará la resolución al juez, quien dispondrá que se notifique al imputado, al ofendido y a la oficina de la Defensoría Pública, para que designe un defensor.* El Art. 74 del CPP, dice que: *La Defensoría Pública Nacional tendrá su sede en la Capital de la República y competencia en todo el territorio del país; y se encargará del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor;* y el Art. 77 del CPP dispone que el defensor público deberá intervenir hasta la finalización del proceso, sin perjuicio del derecho del imputado a sustituirlo. Y el Art. 78 del CPP expresa que el defensor público está obligado a actuar hasta el momento en que el imputado designe su defensor privado y éste asuma el cargo.

El Art. 12 del CPP habla de un defensor de oficio y el Art. 217 del CPP de un funcionario de la defensoría pública. Mientras no entre en funcionamiento la Defensoría Pública, se seguirán designando defensores de oficio al tenor del Art. 12 CPP; pero en mi opinión, cuando se promulgue la Ley Orgánica de la Defensoría Pública y esta institución se constituya efectivamente, debe designarse necesariamente a un defensor público y dejarse de lado la figura del defensor de oficio.

En todo caso, el imputado aunque haya sido autorizado por el juez o tribunal para defenderse por sí mismo, debe interponer recurso de apelación con el patrocinio de su de-

fensor, sea este privado, de oficio o público; ya que el Art. 50 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, dice:

Se requerirá la firma de un abogado inscrito en la matrícula de un Colegio de Abogados, en toda solicitud, pedimento, escrito, memorial o pieza similares en que se ventilen asuntos de derecho ante los organismos e instituciones y dependencias del Estado o de las instituciones de derecho privado con finalidad social o pública, con inclusión de la Contraloría General de la Nación, de la Procuraduría General de la Nación, la Superintendencia de Compañías y la Superintendencia de Bancos, así como las dependencias subordinadas a dichas Superintendencias; y en las solicitudes, memoriales o pedimentos encaminados a obtener concesiones o privilegios por parte de los referidos organismos, instituciones y dependencias.

Adicionalmente debemos examinar lo dispuesto por el inciso 3° del Art. 324 del Código de Procedimiento Penal que dice: *El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistir de los recursos interpuestos por su defensor.* El defensor puede firmar el escrito de interposición del recurso a ruego de su cliente. El escrito en que se desiste del recurso, debe ir necesariamente con la firma del recurrente y de su abogado, aunque éste último no sea el mismo que patrocinó la interposición.

Providencias apelables

El Art. 343 del Código de Procedimiento Penal dice que son apelables las siguientes providencias:

Auto de sobreseimiento

El auto de sobreseimiento es un auto interlocutorio⁷ que dicta el juez de lo penal al final de la etapa intermedia; puede ser: provisional del proceso y provisional del imputado; definitivo del proceso y definitivo del sindicado; y, provisional del proceso y definitivo del imputado.

El Art. 241 del Código de Procedimiento Penal dice que si el juez considera que los elementos en los que el fiscal ha sustentado la presunción de existencia del delito o la participación del imputado no son suficientes, dictará auto de sobreseimiento provisional bien sea del proceso, bien del imputado, o de ambos, declarando que, por el momento, no puede continuarse con la etapa del juicio.

A su vez el Art. 242 del CPP dice que el sobreseimiento del proceso y del imputado será definitivo cuando el juez concluya que los hechos no constituyen delito, o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción.

El juez dictará también auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, si encuentra que se han establecido causas de justificación que eximan de responsabilidad al imputado.

Y el Art. 243 del CPP dispone que si el juez hubiere llegado a la conclusión de que los elementos que permiten presumir la existencia del delito son suficientes, pero no existen indicios de responsabilidad del imputado, dictará auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo a favor del imputado

Auto de llamamiento a juicio

Es también un auto interlocutorio que dicta el juez cuando considera que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor.

El auto debe contener:

1. La identificación del acusado;
2. El análisis prolijo de los resultados de la instrucción fiscal;
3. La descripción clara y precisa del delito cometido y la determinación del grado de participación del acusado;
4. La orden de prisión preventiva del acusado como autor o cómplice y la de secuestrar, retener o prohibir la enajenación de sus bienes, precisándolos, si antes no se hubieren dictado; y,
5. La cita de las disposiciones legales aplicables. (Art. 232 del CPP)

Auto de nulidad

El juez debe anular el proceso cuando quien conoce el juicio ha actuado sin jurisdicción; el juez o tribunal es incompetente para conocer la causa; hay ilegitimidad de personería; el imputado no ha sido citado con la instrucción fiscal; el imputado o alguna de las partes no haya sido notificado en el proceso. Adicionalmente, es perfectamente aplicable al proceso penal el Art. 1.067 del Código de Procedimiento Civil, que dice: *La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 364, 365 y 366.* (Art. 355 del Código de Procedimiento Civil).

Auto de prescripción

El Art. 98 del Código Penal dice lo siguiente:

La acción penal se extingue por amnistía, o por remisión de la parte ofendida en los delitos de acción privada, o por prescripción.

La renuncia de la parte ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudica al renunciante y a sus herederos.

Habiéndose propuesto acusación o denuncia, en su caso, por varios ofendidos por un mismo delito, la remisión de uno de ellos no perjudicará a los demás.

El Art. 101 del Código Penal, reformado por el Art. 6 de la Ley 2001-47, R.O. 422, 28-IX-2001, dice lo siguiente:

Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala.

En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen:

Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento.

A excepción de los casos de imprescriptibilidad de las acciones y de las penas previstas en el último inciso del nú-

mero 2 del artículo 23 y en el segundo inciso del artículo 121 de la Constitución Política de la República, en los demás delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de acción es pública, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para proseguirlos prescribirá en quince años. Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada.

En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del auto cabeza de proceso.

Si el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al inicio de la instrucción, los respectivos plazos se reducirán a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial; a ocho años en los demás delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión. En estos casos, los plazos se contarán desde la fecha del inicio de la instrucción. No surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia.

En los delitos de acción privada, la acción para perseguirlos prescribirá en el plazo de ciento ochenta días, contados desde que la infracción fue cometida.

Iniciada la acción y citado el querellado antes del vencimiento de ese plazo, la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela.

La acción penal por delitos reprimidos sólo con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones, en los casos en que hubiere lugar.

Si la prescripción se hubiese operado por la falta de despacho oportuno de los jueces, éstos serán castigados por el superior con la multa de quinientos a cinco mil sures, quedando a salvo la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar contra dichos funcionarios, de conformidad con lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil.

En la misma pena incurrirán los funcionarios del ministerio público y secretarios de cortes y juzgados por cuya negligencia se hubiere operado la prescripción.

De haber acusador particular, o de tratarse de querrela, la multa se dividirá en iguales partes entre la administración de justicia y el acusador. La parte de multa que corresponda a la administración de justicia será invertida por la Corte Suprema en su caso, o por la respectiva Corte Superior que hubiere impuesto la multa, en gastos generales de la administración de justicia.

El auto de prescripción es apelable.

Auto de inhibición por causa de competencia

El auto inhibitorio es aquella providencia en la que el juez o tribunal interrumpe el trámite de la causa y se abstiene de seguir sustanciándola. Esta inhibición puede darse por varias razones: amnistía; despenalización de la conducta que se juzga y por incompetencia del juez o tribunal que venía conociendo la causa.

El Art. 21 del Código de Procedimiento Penal dice lo siguiente:

Reglas de la competencia territorial.- En cuanto a la competencia de los jueces y tribunales penales, se observarán las reglas siguientes:

1. Hay competencia de un juez o de un tribunal penal cuando se ha cometido la infracción en la sección territorial en la que ese juez o tribunal ejerce sus funciones. Si hubiere varios de tales jueces, la competencia se asignará por sorteo, de acuerdo con el reglamento respectivo;
2. Cuando el delito hubiere sido cometido en territorio extranjero, el imputado será juzgado por los jueces o tribunales de la Capital de la República, o por los jueces o tribunales competentes de la circunscripción territorial donde fuere aprehendido.

Si el proceso se hubiera iniciado en la Capital de la República, y el imputado hubiese sido aprehendido en cualquier otra sección territorial del país, la competencia se radicará en forma definitiva a favor del juez o tribunal de la Capital;

3. Cuando una persona hubiera cometido infracciones conexas de la misma gravedad en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso y será competente el juez del lugar que prevenga en el conocimiento de la causa.

Cuando las infracciones fueren de distinta gravedad, conocerá el juez del lugar en donde se haya cometido la infracción más grave;

4. Hay conexidad cuando:

a) El hecho punible ha sido cometido por dos o más personas en concurso o cooperación entre ellas o ha intervenido más de una a título de participación;

b) Se impute a una persona la comisión de más de un hecho punible con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar; y,

c) Se impute a una persona la comisión de varios hechos punibles, cuando unos se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros;

5. Cuando la infracción se hubiera cometido en el límite de dos secciones territoriales, será competente el juez que prevenga en el conocimiento de la causa;
6. Cuando entre varios imputados de una infracción hubiera alguno que goce de fuero de Corte, la Corte respectiva juzgará a todos los imputados.

Si entre varios imputados de una misma infracción hubiera alguno que goce de fuero de Corte Suprema y otros de Corte Superior, será competente la Corte Suprema.

Si los imputados estuvieran sometidos a distintas Cortes Superiores será competente la que previno en el conocimiento de la causa;

7. Cuando el lugar en que se cometió la infracción fuere desconocido, será competente el juez o tribunal en cuyo territorio hubiese sido aprehendido el infractor, a menos que hubiera prevenido el juez de la residencia del imputado. Si posteriormente se descubriera el lugar del delito, todo lo actuado será remitido al juez o tribunal de este último lugar para que prosiga el enjuiciamiento, sin anular lo actuado; y,

8. Cuando la infracción hubiese sido preparada o comenzada en un lugar y consumada en otro, el conocimiento de la causa corresponderá al juez de este último.

Si durante la tramitación del proceso, aparecen elementos que demuestran que el delito se ha cometido en una circunscripción territorial diferente; y por esta razón debe ser remitido al juez o tribunal competente de la jurisdicción territorial correspondiente, el juez debe inhibirse y disponer la remisión del expediente, tomando en cuenta que en materia penal la competencia es improrrogable (Art. 20 CPP). Esta inhibición es apelable.

Auto de prisión preventiva

Según el Art. 167 del CPP, cuando el juez o tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

El Art. 172 del CPP dice que el imputado o el fiscal pueden apelar de las medidas cautelares impuestas o negadas respectivamente por el juez o tribunal, ante el Superior de quien dictó la medida. La impugnación no tendrá efecto suspensivo.

Para conocer y resolver la apelación, se enviará copia del proceso al Superior.

La Sala a la que le corresponda, resolverá por el mérito de lo actuado en un plazo de cinco días; de no hacerlo, el superior jerárquico impondrá a los respectivos magistrados la multa de un salario mínimo vital por cada día de retraso; si el atraso fuere causado por una de las salas de la Corte Suprema la sanción será impuesta por el Tribunal en Pleno, con exclusión de los magistrados que incurrieron en el retraso.

La Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente No. 465-01-RMV, se pronunció respecto al alcance del Art. 172 del CPP en los siguientes términos:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 04 de diciembre del 2001.- Las 16H30.-VISTOS: La señora Ministra Fiscal General interpone recurso de apelación de la negativa del señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia a ordenar las medidas cautelares personales y reales en contra de los imputados: abogado Jorge Guzmán Ortega, ingeniero Álvaro Guerrero Ferber, doctor Juan Trujillo Bustamante, y señores Marco Elizalde Icaza y Jorge Sánchez Varas. Después de haberse recibido el expediente en esta Sala, por el sorteo de Ley, el doctor Juan Falconí Puig presenta un escrito adhiriéndose al recurso de apelación aducido por la señora Ministra Fiscal General, aclarando que lo hace no para que se ordene la prisión preventiva de todos los imputados, sino para que se revoque la prisión preventiva dictada en su contra por el referido juez, que actúa en razón de fuero de Corte Suprema del que gozan varios imputados en el auto

de instrucción expedido por la señora Ministro Fiscal General.- Al respecto se considera: **PRIMERO:** De conformidad con el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal promulgado en el suplemento del Registro Oficial número 360 de 13 de enero del 2000, las sentencias, autos y resoluciones que se dicten por los jueces de lo penal, son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos por este Código.- **SEGUNDO:** La señora Fiscal sustenta su recurso de apelación, en el artículo 172 del referido código procesal penal que en su primer inciso dispone: "El imputado o el Fiscal, pueden apelar de las medidas cautelares impuestas o negadas respectivamente por el juez o tribunal, ante el Superior de quien dictó la medida. La impugnación no tendrá efecto suspensivo".- El artículo 343 *ibídem* determina en su numeral 4 que son susceptibles del recurso de apelación los "autos de prisión preventiva, conforme al procedimiento previsto en este Código".- Del análisis de las referidas normas aparece una evidente contradicción entre ellas, pues mientras el artículo 172 establece la posibilidad de apelar también de la negativa del juez o tribunal a dictar medidas cautelares solicitadas por el fiscal en la etapa de instrucción del proceso penal, el artículo 343 *ibídem*, norma expresamente el recurso de apelación señalando taxativamente los casos en los que procede, entre ellos del auto de prisión preventiva, esto es, de la providencia que aceptando el pedido del fiscal ordene esa medida cautelar personal, pero no concede dicha norma recurso de la negativa del juez o tribunal a expedir medidas cautelares personales o reales.- Cuando se suscita duda sobre la aplicabilidad de dos normas penales por ser contradictorias, el juez tiene que aplicar la que sea más favorable al reo, según lo dispuesto en la frase final del artículo 4 del Código Penal, entendiéndose por "reo" a la persona acusada o sujeto de cargos, esto es el inculcado, y en general el demandado en un juicio civil o penal, que es el sentido natural y obvio del vocablo, reo por su uso general y según la acepción que trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, acepción que es la que debe considerarse para interpretar la ley, al tenor de lo que manda la regla segunda del artículo 18 del Código Civil.- En el vigente procedimiento penal acusatorio el rol del juez que interviene en la etapa de instrucción es garantizar las normas del debido proceso y los derechos fundamentales del imputado, entre ellos el derecho a ser considerado inocente hasta cuando se dicte sentencia ejecutoriada que le declare culpable -(numeral 7 del artículo 24 de la Constitución)-, lo que implica que nadie puede ser privado de libertad antes de que se expida sentencia condenatoria, salvo por orden de detención para investigaciones y que no puede durar más de 24 horas (numeral 6 del artículo 24 de la Carta Política) y por orden de prisión preventiva, que en la etapa de instrucción puede discrecionalmente dictar el juez "si cree necesaria" esta medida cautelar. Así lo dispone el artículo 167 del vigente código procesal penal.- Si el juez, en ejercicio de su facultad, no expide una orden de prisión preventiva o una medida cautelar real, por no considerarla necesaria, es obvio que sería desfavorable para el imputado la aplicación del artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, norma que suscita duda por contradecir el mandato del numeral 4 del artículo 343, que solo establece el recurso de apelación de la orden de prisión preventiva, pero no de la negativa a

imponerla.- Por lo expuesto, la Sala de prelación a lo que manda el artículo 343 del vigente Código de Procedimiento Penal, declarando consecuentemente no aplicable en el presente caso el artículo 172 *ibídem*, sustentándose esta declaración en lo que ordena el artículo 4 del Código Penal y el principio universal del derecho procesal penal del *in dubio pro reo* que inspira nuestra legislación positiva; tanto más que considerar no procedente la apelación de la negativa del juez a dictar medidas cautelares personales, es actuar de una manera acorde con la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de la persona, observando el precepto del artículo 18 de la Constitución, aunque de ello derive un supuesto menoscabo de la investigación que la Ley atribuye al Ministerio Público, que en nada se afecta por el hecho de posibilitar que cualquier indiciado se defienda en libertad, cuando se trata, como en el presente caso, de investigación por el cometimiento de presuntos delitos.- **TERCERO:** Si bien conforme al numeral 4 del artículo 343 procede la apelación del auto de prisión preventiva, esta impugnación debe hacerse mediante escrito fundamentado presentado ante el Juez dentro de los tres días de notificada la providencia.- Consta del expediente que el doctor Juan Falconí Puig no interpuso recurso de apelación de la orden de prisión dictada en su contra dentro de los tres días de notificada dicha providencia, sino que, conformándose con ella, pidió al juez que fije el monto de la fianza, para dejar en suspenso los efectos del auto de prisión preventiva, como manda el artículo 174 del Código de Procedimiento Penal.- Así pues, si el imputado doctor Juan Falconí Puig no interpuso el recurso de apelación, sino que por el contrario allanándose a esa providencia ejerció su derecho a la caución para la consecuencia indicada, deviene improcedente su impugnación, tanto más que, en el procedimiento penal los recursos son admisibles únicamente en los casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal -por mandato de su artículo 324- sin que pueda invocarse válidamente las normas del Código de Procedimiento Civil que siendo supletorias para el enjuiciamiento penal no rigen cuando hay norma expresa en el Código de Procedimiento Penal, como es la del artículo 324. Si este Código no contempla la adhesión a un recurso como medio de impugnación y este artículo ordena que son admisibles solo las impugnaciones "expresamente establecidas en este Código", es incontrastable que no cabe en el procedimiento penal la adhesión al recurso.- **CUARTO:** Es más, como la instrucción fiscal se ha iniciado con relación a personas que gozan de fuero de Corte Suprema, las normas que deben aplicarse son las establecidas en el Capítulo IV referente al "procedimiento especial por razón de fuero", del Título V "Procedimientos Especiales" del libro IV del Código de Procedimiento Penal. El artículo 380 del procedimiento especial que debe aplicarse en razón del fuero, expresamente establece el recurso de apelación del auto de sobreseimiento o del de llamamiento a juicio, para ante la Sala de la Corte Superior o de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema que se determine por sorteo.- Como el artículo 389 del procedimiento especial en razón de fuero limita el recurso de apelación a solo los autos de sobreseimiento y de llamamiento a juicio, existiendo esa norma especial no es aplicable la norma general del artículo 172 invocada tanto por la señora Fiscal General como por el imputado

doctor Juan Falconí Puig.- **RESOLUCION:** Por lo expuesto en los considerandos precedentes, no hallándose previsto en norma expresa el recurso de apelación respecto de la aceptación o la negativa del juez a la solicitud del fiscal para que se dicten medidas cautelares en los casos sujetos a procedimiento especial en razón de fuero; y siendo legalmente posible la apelación de la orden de prisión preventiva, pero no de la negativa de dictar medidas cautelares reales o personales, al tenor de la norma general del artículo 343 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, esta **PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, declara inadmisibile el recurso de apelación deducido por la señora Fiscal General y la impugnación del doctor Juan Falconí Puig quien no interpuso formal y oportunamente recurso de apelación sino que se adhirió al de la señora Fiscal General, adhesión que no procede en materia penal.- Devuélvase el expediente al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia... -Notifíquese.- f) Dr. Eduardo Brito Mieles, Dr. Carlos Riofrío Corral, Dr. Gonzalo Zambrano Palacios.

Sentencia de acción privada

El proceso de acción privada se encuentra regulado del Art. 371 al Art. 375 del Código de Procedimiento Penal. Son delitos de acción privada (Art. 36 del CPP): a) El estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho; b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor; c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave; d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio; e) La usurpación; f) La muerte de animales domésticos o domesticados; y, g) El atentado al pudor de un mayor de edad.

Sentencia sobre la reparación del daño

El numeral 7 del Art. 69 del Código de Procedimiento Penal reconoce como un derecho del ofendido, reclamar la indemnización civil una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, haya propuesto o no, acusación particular.

El numeral 5 del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal dice que:

Requisitos de la sentencia.- La sentencia deberá contener:

5. La condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

El Art. 31 del Código de Procedimiento Penal dice lo siguiente:

Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:

1. De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, será competente el Presidente del Tribunal Penal que dictó la sentencia condenatoria;

b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción

por los daños y perjuicios derivados del delito, el juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales;

- c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde al juez penal que dictó la sentencia; y,
 - d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.
2. De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular:
- a) Si fueron reclamados en un juicio de acción pública, será competente un juez penal diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y,
 - b) Si la acusación fue presentada en un juicio de acción privada, será competente un juez penal distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria.

Según el Art. 843 del Código de Procedimiento Civil, están sujetas al trámite verbal sumario las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial.

De la sentencia que se dicte en el juicio verbal sumario seguido por los jueces determinados en el Art. 31 del CPP ya citado, hay recurso de apelación.

Sentencia dictada en el proceso abreviado

Hasta el momento de la clausura del juicio, se puede proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

1. Se trate de un delito que tenga prevista una pena máxima inferior a cinco años;
2. El imputado admita el acto atribuido y consienta la aplicación de este proceso; y,
3. El defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente.

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. (Art. 369 CPP)

El fiscal o el imputado deben presentar un escrito, acreditando todos los requisitos previstos en el Art. 369 del Código de Procedimiento Penal.

El juez debe oír al imputado y dictar la resolución que corresponda, sin más trámite. Si lo considera necesario puede oír al ofendido o al querellante.

El juez puede absolver o condenar, según corresponda. Si condena, la pena impuesta no puede superar la requerida por el fiscal.

La sentencia debe contener los requisitos previstos en el artículo 309 de modo conciso.

Si el juez no admite la aplicación del procedimiento abreviado, debe emplazar al fiscal para que concluya el proceso según el trámite ordinario. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al fiscal durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado puede ser considerada como una confesión.

El pedido del fiscal o del imputado no obliga al juez a condenar; ni le exime de la obligación de valorar la prueba a fin de establecer si existen o no méritos para condenar o absolver.

El Art. 250 del Código de Procedimiento Penal es claro al manifestar que: *En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo*; y el Art. 252 del CPP es más específico al decir que: *La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa (juicio), sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción fiscal, de la iniciativa probatoria de los jueces en la audiencia o de las nuevas pruebas que ordene el tribunal penal.*

De lo dicho se concluye que si la sentencia expedida por el juez en el proceso abreviado no satisface los intereses del fiscal o del imputado, puede ser apelada.

Interposición del recurso

El Art. 344 del Código de Procedimiento Penal dice que el recurso de apelación se debe interponer mediante escrito fundamentado, ante el juez o tribunal, dentro de los tres días de notificada la providencia. Interpuesto el recurso el juez o tribunal, sin dilación alguna, elevará el proceso al superior.

El Art. 9 del CPP dice que toda providencia debe ser notificada a las partes procesales. La notificación se hará mediante una boleta dejada en el domicilio judicial o en la cabilia judicial señalada para el efecto.

En torno a la notificación del auto de llamamiento a juicio y del auto de sobreseimiento, tenemos una cuestión interesante: el Art. 230 del Código de Procedimiento Penal dice que inmediatamente después de escuchar a las partes, el juez leerá a los presentes su resolución, la que versará sobre todas las cuestiones planteadas, debiendo resolver previamente las cuestiones formales. De considerarlo necesario, el juez puede suspender la resolución y la audiencia hasta por veinticuatro horas. Reinstalada la audiencia, el juez procederá a leer a las partes su resolución. La resolución será también notificada a las partes por boleta. El Secretario dejará constancia en acta de la organización y desarrollo de la audiencia. La pregunta es: ¿Debemos esperar a ser notificados por escrito – en la forma prevista en el Art. 9 del CPP – con el auto de llamamiento a juicio o el auto de sobreseimiento, para poder apelar de ellos?

El Art. 88 del Código de Procedimiento Civil dice lo siguiente: *Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido.*

En mi opinión, tratándose de la apelación del auto de llamamiento a juicio o del auto de sobreseimiento, no hay inconveniente alguno en aplicar el Art. 88 del CPC y, después de haber escuchado la lectura del auto, interponer el recurso de apelación correspondiente.

La apelación debe presentarse por escrito, lo cual supone como ya hemos analizado antes, que conste la firma del abogado, aunque el imputado hubiera recibido autorización del juez para defenderse por sí mismo. Este escrito debe estar fundamentado.

Fundamentar, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es: *establecer, asegurar y hacer firme algo. 2// echar los fundamentos o cimientos de un edificio.*⁸ Según Guillermo Cabanellas, fundamentar es: *echar los fundamentos (v) o cimientos de una edificación u otra obra. // Afirmar, establecer un principio o base. // Razonar, argumentar. // Articular los resultandos y considerandos (v) de una sentencia, necesidad lógica y jurídica por cuanto los tribunales no pueden disponer de los bienes y derechos de los particulares ni de su vida incluso en lo penal, sin adecuado razonamiento y base legal.*⁹

Ahora bien, a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, que expresa claramente los motivos en que debe fundamentarse el recurso de apelación, nuestro Código de Procedimiento Penal es laxo.

Vaca Andrade sostiene que: *Conviene poner de relieve y tener presente que, de acuerdo con el texto de esta norma (Art. 344 CPP) en el mismo escrito en que se interponga el recurso debe constar la fundamentación del mismo, vale decir, la mención clara y precisa de todos los fundamentos de hecho y de derecho que sirvan de base para acudir al superior impugnando la decisión del juez inferior. Esta es una exigencia que debe tenerse muy en cuenta puesto que los abogados litigantes acostumbra utilizar expresiones genéricas, vagas o imprecisas, como la de que se interpone el recurso de apelación porque la resolución del juez impugnado es contraria a derecho, pero sin concretar ni precisar por qué razones o argumentaciones legales se dice aquello.*¹⁰ Aquí discrepo con mi antiguo profesor de Procedimiento Penal. Nuestro Código al igual que los de Colombia, Perú, Uruguay, Venezuela y Paraguay, por citar algunos ejemplos, no establece de manera específica los motivos por los cuales deba interponerse el recurso de apelación. En tal virtud, la motivación del recurrente es totalmente abierta: la equivocada valoración de la prueba por parte del juez inferior, la inadecuada aplicación de la norma al caso concreto, la parcialidad del juez al haber desoído los argumentos y pruebas del imputado; violaciones constitucionales, o solamente el ejercicio del derecho de doble instancia (recordemos el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

No hay que olvidar que la capacidad del superior para apreciar nuevamente todo el expediente al momento de resolver la apelación es total y sin las limitaciones de otros recursos (nulidad, casación o revisión).

En conclusión, el fundamento para la interposición del recurso de apelación puede ser solamente el ejercicio del derecho de instancia plural (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos); y la necesidad de que el superior vuelva a analizar lo actuado por el inferior; el simple desacuerdo con el fallo fundamentado en el derecho a que un juez superior reexamine el caso podría ser el único fundamento para su interposición.

No habiendo citado nuestro Código de Procedimiento Penal motivos específicos para interponer el recurso de apelación, su fundamentación, como queda dicho, puede limitarse al simple ejercicio del derecho a la doble instancia.

Con una administración de justicia como la nuestra, volverse explícito en la fundamentación del recurso puede ser contraproducente, ya que el superior podría inclinarse a pensar que su obligación, al reexaminar el expediente, se limita a constatar si existen los fundamentos alegados por el recurrente;

te; cuando en realidad su obligación es mucho más amplia: *Volver a analizar todo el proceso y volver a valorar la prueba de acuerdo a su propia sana crítica; obligación mucho más interesante tomando en cuenta que el superior es pluripersonal.*

Siendo la doble instancia un derecho, la sola expresión del desacuerdo con el fallo del inferior y el deseo de que el juicio sea analizado nuevamente por el superior, es suficiente fundamento para la concesión del recurso de apelación.

Momento de interposición del recurso

El Art. 344 del CPP dice que se puede interponer dentro de los tres días de notificada la providencia.

El Art. 328 del Código de Procedimiento Civil dice lo siguiente:

La apelación se interpondrá dentro del término de tres días; y el juez, sin correr traslado ni observar otra solemnidad, concederá o denegará el recurso.

No se aceptará la apelación, ni ningún otro recurso, antes de que empiece a decurrir el término fijado en el inciso anterior, salvo lo dispuesto en los Arts. 94 y 310.

Un hecho curioso podría darse en el momento en que se apele antes de que empiece a decurrir el término. Al respecto, Alvear Macías dice lo siguiente:

En el desarrollo de este tema, se ha presentado la siguiente interrogante: ¿Es procedente interponer un recurso antes de que empiece a correr el término legal de tres días?

Luego del análisis respectivo, se llegó a la conclusión de que no es posible hacerlo por expresa prohibición de la Ley, salvo las excepciones que acepta el mismo Art. 328 inciso 2 del CPC:

...No se aceptará la apelación, ni ningún otro recurso, antes de que empiece a decurrir el término fijado en el inciso anterior, salvo lo dispuesto en los Arts. 94 y 310.

Sin embargo, es necesario mencionar que, en el continuo trayecto por distintas estanterías de libros (entre ellas, las de la Corte Suprema), se encontró una antigua edición del Código de Enjuiciamientos Civiles, publicada en el año 1918, en la que se pudo constatar que dicha prohibición no estaba vigente aún. A esa circunstancia se sumaba el hecho de que la Corte Suprema, de aquella época, interpretó que sí se podía recurrir con anticipación.

El argumento empleado era que cualquiera de las partes del proceso, podía temer a una providencia – que aunque no dictada –, la intuía desfavorable y por ello tenía derecho a apelarla con justificada anticipación. Tal razonamiento aparece en uno de los fallos que catalogó el Magistrado Manuel Eduardo Escudero (Manuel Eduardo Escudero, Código de Enjuiciamiento Civil con Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, Imprenta Nacional, 1928, Quito):

En el juicio AGUIRRE – ARMIJOS, se resuelve: Si bien, no es permitido entablar un recurso después de transcurrido el plazo fijado para esa interposición por la ley, puede proponérselo antes de que empiece a correr dicho término; ya que, para las partes nace esta facultad, desde que tienen fundado temor de que una resolución judicial les cause o pueda causar perjuicio.

Otro fallo, de los recopilados por el renombrado jurista Escudero, confirma la posibilidad de recurrir con anticipación:

En el juicio BARRIGA – MONTALVO, se resuelve: No se puede interponer recurso de apelación después de transcurrido el término señalado por la ley para este objeto; pero sí se puede antes de que comience a correr dicho término; y aún antes de que se hubiese pronunciado el fallo de primera instancia.¹¹

El Art. 325 del actual Código de Procedimiento Penal dice lo siguiente:

Para ser admisibles, los recursos deben ser interpuestos dentro del plazo y según la forma que determine la ley.

Al concederse un recurso se emplazará a las partes para que concurran ante el superior para hacer valer sus derechos.

Es evidente que en la actualidad, por expresa disposición de los artículos. 325 y 344 del CPP y el inciso segundo del Art. 328 del CPC, no se puede apelar antes de ser legalmente notificados; y tampoco después de vencido el término de tres días posteriores a la notificación.

Trámite

El Art. 345 del Código de Procedimiento Penal dice lo siguiente:

Trámite.- Una vez recibido el proceso, la Sala de la Corte Superior respectiva debe resolver el recurso por el mérito de los autos, dentro del plazo de quince días, contados desde la fecha de recepción del proceso. Previamente debe resolver, como cuestión previa, sobre la admisibilidad del recurso.

La Corte Superior asume jurisdicción sobre el caso,¹² en el Código actual carece de la capacidad de actuar prueba; no obstante, su capacidad para reexaminar el expediente es absoluta, de forma que quedan bajo el análisis de la Corte: las solemnidades y la valoración y apreciación de la prueba documental, material y testimonial. Si la Corte, al analizar el proceso, encuentra que no hay mérito para sobreseer la causa, debe revocar el auto apelado y dictar en su lugar auto de llamamiento a juicio (Art. 346); y si por el contrario encuentra que el auto de llamamiento a juicio ha sido dictado apresuradamente por el inferior, debe revocarlo y dictar en su lugar el auto de sobreseimiento que corresponda.

El Art. 345 del CPP dice que previamente debe resolver, como cuestión previa, la admisibilidad del recurso. En mi opinión, el recurso sería inadmisibile solamente si ha sido interpuesto fuera de término o si se ha recurrido respecto de una providencia distinta a aquellas señaladas en el Art. 343 del CPP. No obstante, no faltará la Sala que pretenda desechar el recurso, porque no ha venido debidamente fundamentado. Esto, como hemos visto, es absolutamente violatorio de lo dispuesto por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que por disposición del Art. 163 de la Constitución Política de la República, tiene jerarquía constitucional.¹³ Cosa distinta es que la Corte, de un prolijo estudio del caso concluya que no hay razón para aceptar el recurso ya que la providencia recurrida ha sido expedida conforme a derecho; y otra muy distinta que, llegando al convencimiento de que la providencia recurrida es incorrecta, se abstenga de corregirla por el hecho de que el recurrente se equivocó, al expresar en el escrito de interposición del recurso, las razones por las cuales el fallo del inferior es incorrecto.¹⁴

El Art. 348 del Código de Procedimiento Penal dice lo siguiente:

Confirmación por el ministerio de la ley.- Si la Corte Superior no resolviera la apelación del auto de sobreseimiento en el plazo máximo de noventa días, éste quedará confirmado en todas sus partes. El plazo correrá a partir de la fecha de recepción del proceso en la Sala respectiva.

Con esta norma se castiga la lentitud del juzgador en perjuicio de quien puede resultar inocente. Es decir de quien, por lentitud en la administración de justicia, no goza de una resolución firme que establezca que no ha debido ser procesado penalmente.

El Art. 329 del Código de Procedimiento Penal castiga también la lentitud judicial pero estableciendo el beneficio de la excarcelación para quien ha cumplido la pena impuesta, mientras se resuelve el recurso interpuesto.¹⁵

A quién beneficia la resolución del superior

El Art. 327 del Código de Procedimiento Penal, dice lo siguiente:

Efectos.- Cuando en un proceso existan varios coacusados, el recurso interpuesto por uno de ellos, beneficiará a los demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales.

Este beneficio será exigible aunque mediare sentencia condenatoria ejecutoriada en contra de uno de los acusados.

La interposición de un recurso suspende la ejecución de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

Naturaleza de la resolución del superior

El Art. 347 del Código de Procedimiento Penal dice que de lo que resuelva la Corte Superior respecto de la apelación no cabe recurso alguno. Ejecutoriado el fallo se debe remitir el proceso al juez o tribunal para su inmediato cumplimiento.

El recurso de apelación en el Derecho Comparado

España

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Art. 846 bis a). Las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, serán apelables para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Serán también apelables los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado así como en los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley.

La Sala de lo Civil y Penal se compondrá, para conocer de este recurso, de tres Magistrados.

Art. 846 bis b). Pueden interponer el recurso tanto el Ministerio Fiscal como el condenado y las demás partes, dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la sentencia.

También podrá recurrir el declarado exento de responsabilidad criminal si se le impusiere una medida de seguridad o se declarase su responsabilidad civil conforme a lo dispuesto en el Código Penal.

La parte que no haya apelado en el plazo indicado podrá formular apelación en el trámite de impugnación, pero este recurso quedará supeditado a que el apelante principal mantenga el suyo.

Art. 846 bis c). El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes:

- a) Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación. Esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado. A estos efectos podrán alegarse, sin perjuicio de otros: los relacionados en los artículos 850 y 851, entendiéndose las referencias a los Magistrados de los números 5 y 6 de este último como también hechas a los jurados; la existencia de defectos en el veredicto, bien por parcialidad en las instrucciones dadas al Jurado o defecto en la proposición del objeto de aquél, siempre que de ello se derive indefensión, bien por concurrir motivos de los que debieran haber dado lugar a su devolución al Jurado y ésta no hubiera sido ordenada.
- b) Que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la persona, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil.
- c) Que se hubiese solicitado la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo, y tal petición se hubiere desestimado indebidamente.
- d) Que se hubiese acordado la disolución del Jurado y no procediese hacerlo.
- e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

En los supuestos de las letras a), c) y d), para que pueda admitirse a trámite el recurso, deberá hacerse formulado la oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada.

Art. 846 bis d). Del escrito interponiendo recurso de apelación se dará traslado, una vez concluido el término para recurrir, a las demás partes, las que, en término de cinco días, podrán formular recurso supeditado de apelación. Si lo interpusieren se dará traslado a las demás partes.

Concluido el término de cinco días sin que se formule dicha apelación supeditada o, si se formuló, efectuando el traslado a las demás partes, se emplazará a todas ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia para que se personen plazo de diez días.

Si el apelante principal no se apersonare o manifestare su renuncia al recurso, se devolverán los autos a la Audiencia Provincial, declarándose firme la sentencia y procediendo a su ejecución.

Art. 846 bis e). Personado el apelante, se señalará día para la vista del recurso citando a las partes personadas y, en todo caso, al condenado y tercero responsable civil.

La vista se celebrará en audiencia pública, comenzando

por el uso de la palabra la parte apelante seguido del Ministerio Fiscal, si éste no fuese el que apeló, y demás partes apeladas.

Si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervendrá después del apelante principal que, si no renunciase, podrá replicarle.

Art. 846 bis f). Dentro de los cinco días siguientes a la vista, deberá dictarse sentencia, la cual, si estimase el recurso por algunos de los motivos a que se refieren las letras a) y d) del artículo 846 bis 3), mandará devolver la causa a la Audiencia para celebración del nuevo juicio.

En los demás supuestos, dictará la resolución que corresponda.¹⁶

Argentina

Código Procesal Penal de la Nación

Capítulo 3: Recurso de apelación

Procedencia

449. El recurso de apelación procederá contra los autos de sobreseimiento dictados por los jueces de instrucción y en lo correccional, los interlocutorios y las resoluciones expresamente declaradas apelables o que causen gravamen irremediable.

Forma y término

450. La apelación se interpondrá, por escrito o diligencia, ante el mismo tribunal que dictó la resolución y, salvo disposición en contrario, dentro del término de tres días. El tribunal proveerá lo que corresponda sin más trámite.

Emplazamiento

451. Concedido el recurso se emplazará a los interesados para que comparezcan a mantenerlo ante el tribunal de alzada en el término de tres días a contar desde que las actuaciones tuvieren entrada en aquél.

Si el tribunal tuviere asiento en lugar distinto al del juez de la causa, el emplazamiento se hará por el término de ocho días.

Elevación de actuaciones

452. Las actuaciones serán remitidas de oficio al tribunal de alzada inmediatamente después de la última notificación.

Cuando la remisión del expediente entorpezca el curso del proceso se elevará copia de las piezas relativas al asunto, agregadas al escrito del apelante.

Si la apelación se produce en un incidente, se elevarán sólo sus actuaciones.

En todo caso, el tribunal de alzada podrá requerir el expediente principal.

Deserción

453. Si en el término del emplazamiento no compareciere el apelante ni se produjere adhesión, se declarará desierto el recurso, de oficio o a simple certificación de secretaría, devolviéndose de inmediato las actuaciones.

En ese término el fiscal de cámara deberá manifestar, en su caso, si se mantiene o no el recurso que hubiere deducido el agente fiscal o si adhiere al interpuesto a favor del imputado. A este fin se le notificará en cuanto las actuaciones sean recibidas.

Audiencias

454. Siempre que el recurso sea mantenido y el tribunal de alzada no lo rechace con arreglo a lo previsto en el artículo 444, segundo párrafo, se decretará una audiencia con intervalo no mayor de cinco días.

Las partes podrán informar por escrito o verbalmente, pero la elección de esta última forma deberán hacerla en el acto de ser notificadas de la audiencia.

Resolución

455. El tribunal resolverá dentro de los cinco días siguientes a la audiencia con o sin informe, devolviendo de inmediato las actuaciones a los fines que corresponda.¹⁷

Colombia

Código de Procedimiento Penal

CAPÍTULO VI

RECURSOS ORDINARIOS

Artículo 195. Recursos ordinarios. Contra las providencias proferidas dentro del proceso penal, proceden los recursos de reposición, apelación y de hecho, que se interpondrán por escrito salvo disposición en contrario.

Artículo 196. Oportunidad para interponerlos. Salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación.

Artículo 196 A. Modificado. Ley 81 de 1993, Art. 26. Sustentación en primera instancia del recurso de apelación contra providencias interlocutorias. Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cinco (5) días, para la sustentación respectiva. Precluido el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes por el término de seis (6) días.

Artículo 196 B. Adicionado. Ley 81 de 1993, Art. 27. Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra sentencia. El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia puede sustentarse por escrito u oralmente. La manifestación de sustentación oral o escrita debe hacerse en el momento de interponer el recurso. Si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito se surtirá el trámite previsto en el artículo 196 A. Si cualquiera de los sujetos procesales manifiestan su propósito de sustentar de manera oral el recurso, éste se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite previsto en el artículo anterior. Cuando no se sustente el recurso y no comparezca a la audiencia respectiva sin justificación, se le impondrá sanción de diez a treinta salarios mínimos mensuales legales de multa, mediante providencia motivada que sólo admite recurso de reposición.

Artículo 197. Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos y no deban ser consultadas. La que decide el recurso de casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia del mismo, la que lo declara desierto, y las que deciden la acción de revisión, los recursos de hecho, o de apelación contra las providencias interlocutorias, quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente. Cuando se decrete en segunda instancia la prescripción de la acción o de la pena, o se dicte o sustituya una medida de aseguramiento, se notificará la providencia respectiva.

Con excepción de la sentencia de segunda instancia, las providencias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta, salvo que admitan recurso.

Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la última sesión.

(...)

Artículo 202. Procedencia de la apelación. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.

Artículo 203. Efectos. La apelación de las providencias que se profieran en la actuación procesal se surtirá en uno de los siguientes efectos:

- 1º. **Suspensivo:** en cuyo caso la competencia del inferior se suspenderá desde cuando se profiera la providencia que lo conceda, hasta cuando regrese el cuaderno al despacho de origen.
- 2º. **Diferido:** en cuyo caso se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, excepto en lo relativo a la libertad de las personas, pero continuará el curso de la actuación procesal ante el inferior en aquello que no dependa necesariamente de ella; y
- 3º. **Devolutivo:** caso en el cual no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso de la actuación procesal.

Artículo 204. Providencias apelables. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones en este Código, son apelables:

a) En el efecto suspensivo la sentencias las siguientes providencias:

- 1º. La que corrige el error aritmético en la sentencia.
- 2º. La que decreta nulidad en la etapa de juzgamiento.
- 3º. La que ordena la cesación de procedimiento, cuando comprenda todos los hechos punibles y a todos los copartícipes.
- 4º. La resolución inhibitoria.
- 5º. La que califica la investigación.
- 6º. La proferida con posterioridad a la decisión ejecutoria que haya puesto fin a la actuación procesal.
- 7º. La que decide sobre la acumulación de procesos.

b) En el efecto diferido:

- 1º. La que deniegue la admisión o práctica de alguna prueba solicitada oportunamente.
- 2º. Las resoluciones de preclusión de la investigación y el auto que ordene cesación de procedimiento cuando no comprenda todos los hechos punibles investigados, ni a todos los copartícipes.
- 3º. La que ordene embargo de bienes o reducción del embargo, a menos que esté comprendido en providencia cuya apelación deba surtirse en el efecto suspensivo.
- 4º. La que disponga la entrega de bienes a una de las partes o a terceros, cuando haya oposición o las partes sustenten pretensiones diferentes sobre ellos.
- 5º. La que revoque el auto admisorio de la parte civil.

c) En el efecto devolutivo:

Todas las demás providencias, salvo que la ley provea otra cosa.

Artículo 205. Concesión del recurso de apelación. Si el recurso fuese viable, se concederá en forma inmediata mediante auto de sustanciación en que se indique el efecto en que se concede.

(...)

Artículo 216. Modificado. Ley 81 de 1993, Art. 33. Apelación contra la providencia que decida sobre la de-

tención o libertad del sindicado. Cuando se trate de apelación de providencias que decidan sobre la detención o libertad del sindicado, los términos previstos en los artículos anteriores se reducirán a la mitad.

Las providencias que se dicten para conceder y tramitar este recurso no se notifican y son de inmediato cumplimiento.¹⁸

Paraguay

Código Procesal Penal

CAPÍTULO I

APELACIÓN GENERAL

Art. 461. Resoluciones apelables. El recurso de apelación procederá contra las siguientes resoluciones:

1. el sobreseimiento provisional o definitivo;
2. la que decide la suspensión del procedimiento;
3. la que decide un incidente o una excepción;
4. el auto que resuelve sobre la procedencia de una medida cautelar o su sustitución;
5. la desestimación;
6. la que rechaza la querrela;
7. el auto que declara la extinción de la acción penal;
8. la sentencia sobre la reparación del daño;
9. la sentencia dictada en el procedimiento abreviado;
10. la concesión o rechazo de la libertad condicional o los autos que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena; y,
11. contra todas aquellas que causen un agravio irreparable, salvo cuando expresamente se la haya declarado irrecurrible por este Código.

No será recurrible el auto de apertura a juicio.

Art. 462. Interposición. El recurso de apelación general se interpondrá por escrito, debidamente fundado, ante el mismo juez que dictó la resolución, dentro del término de cinco días.

Cuando el tribunal de apelaciones tenga su sede en un lugar distinto al de radicación del procedimiento, los recurrentes fijarán, en el escrito de interposición, nuevo domicilio procesal.

Cuando el recurrente intente producir prueba en la segunda instancia, la ofrecerá junto con el escrito de interposición, señalando concretamente el hecho que pretende probar.

Art. 463. Emplazamiento y elevación. Presentado el recurso, con las copias para el traslado, el juez emplazará a las otras partes para que en el plazo común de cinco días contesten el recurso y, en su caso, ofrezcan prueba.

Si se producen adhesiones durante el emplazamiento, correrá traslado a las otras partes para que contesten la adhesión en el mismo plazo.

Luego, sin más trámite e inmediatamente, remitirá las actuaciones al tribunal de apelaciones para que resuelva.

Sólo se remitirá copia de las actuaciones pertinentes o se formará un cuaderno especial, para no demorar el trámite del procedimiento.

Excepcionalmente, el tribunal de apelaciones podrá solicitar otras copias o el expediente principal; ello no implicará la paralización de la marcha del procedimiento.

Art. 464. Trámite. Recibidas las actuaciones el tribunal de apelaciones, dentro de los diez días, decidirá la admi-

bilidad del recurso y la procedencia de la cuestión planteada, todo en una sola resolución.

Si alguna parte ha ofrecido prueba y el tribunal la estima necesaria y útil, fijará una audiencia oral dentro de los quince días de recibidas las actuaciones y resolverá inmediatamente después de realizada la audiencia.

Quien ha ofrecido prueba para la segunda instancia tomará a su cargo la presentación de dicha prueba en la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la prueba que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes.

El secretario auxiliará al oferente expidiendo las citaciones o las órdenes que sean necesarias, que serán diligenciadas por el recurrente.

Art. 465. Resolución. La resolución del tribunal de apelaciones estará sujeta, en lo pertinente, a las formalidades previstas para los autos y las sentencias y, en todo caso, fundamentará sus decisiones.

CAPÍTULO II

APELACIÓN ESPECIAL DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Art. 466. Objeto. Sólo podrá deducirse el recurso de apelación especial contra las sentencias definitivas dictadas por el juez o el tribunal de sentencia en el juicio oral.

Art. 467. Motivos. El recurso de apelación contra la sentencia definitiva sólo procederá cuando ella se base en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal.

Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta, o cuando se trata de los vicios de la sentencia.

Art. 468. Interposición. El recurso de apelación se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días luego de notificada, y por escrito fundado, en el que se expresará, concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende.

Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

Si las partes estiman necesaria una audiencia pública para la fundamentación complementaria y discusión del recurso deberán solicitarlo expresamente.

Cuando el procedimiento se haya iniciado en una circunscripción judicial distinta a la de la sede del tribunal de apelaciones, el recurrente, en el escrito de interposición, y los demás al contestar el recurso o al adherirse a él, fijarán nuevo domicilio procesal.

Art. 469. Prueba. Cuando el recurso se fundamente en un defecto del procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto en contraposición a lo señalado por el acta del juicio o por la sentencia, se podrá ofrecer prueba con ese objeto.

La prueba se ofrecerá al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él durante el emplazamiento.

Art. 470. Emplazamiento y elevación. Interpuesto el recurso, el tribunal que dictó la resolución impugnada emplazará a las otras partes para que, en el plazo de diez días comunes, contesten el recurso.

Si se ha producido una adhesión se emplazará a contestarla dentro de los cinco días.

Vencidos los plazos o producidas todas las contestaciones el juez o tribunal elevará inmediatamente las actuaciones al tribunal de apelaciones, sin más trámite.

Art. 471. Admisión y resolución. Recibidas las actuaciones, el tribunal de apelaciones, si se ha ofrecido prueba, se ha solicitado expresamente la audiencia de fundamentación o de oficio, convocará a una audiencia pública dentro de los quince días.

Si no se convoca a dicha audiencia, examinará el recurso interpuesto y las adhesiones, para decidir sobre su admisibilidad y procedencia dentro de los quince días siguientes.

Si se declara inadmisibile se devolverán las actuaciones.

Art. 472. Audiencia de prueba o de fundamentación. La audiencia de prueba o de fundamentación se regirá, en lo pertinente, por las reglas previstas en general para el juicio oral.

Quien haya ofrecido prueba tomará a su cargo la presentación de dicha prueba en la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la prueba que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes.

En la audiencia de fundamentación complementaria los magistrados podrán interrogar libremente a los recurrentes sobre los puntos insuficientes de la fundamentación o de la solución que proponen, sobre la doctrina que sustenta sus pretensiones o los precedentes jurisprudenciales que han utilizado y ello no se entenderá como prejuzgamiento.

La inasistencia a la audiencia no provocará deserción del recurso, pero quien la solicitó y no concurra deberá hacerse cargo de las costas.

Para la deliberación y sentencia se regirán por las reglas de este Código.

Art. 473. Reenvío. Cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el tribunal de apelaciones anulará total o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal.

Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio.

Art. 474. Decisión directa. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver directamente, sin reenvío.

Art. 475. Rectificación. Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos en la nueva sentencia, así como los errores u omisiones formales y los que se refieran a la designación o el cómputo de las penas.

Asimismo el Tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria.

Art. 476. Libertad del imputado. Cuando por efecto de la resolución del recurso deba cesar la detención del imputado, el tribunal ordenará inmediatamente la libertad.¹⁹

Perú

Código Procesal Penal

SECCION II

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Art. 339°.- El recurso de apelación puede ser:

1. De apelación elemental, cuando se recurra de una resolución dictada por el Juez de Paz.
2. De apelación superior, en el caso que se recurra de una resolución expedida por el Juez Penal, o de otro juzgador que haga sus veces en los juicios especiales por razón de la función. Se resuelve por mayoría de votos.
3. De apelación suprema, cuando se recurra de una resolución dictada por la Sala Penal Superior, o por la Sala de la Corte Suprema que haga sus veces en los juicios especiales por razón de la función. Hay resolución con dos votos conformes, o con cuatro, según que la Sala esté compuesta por tres o cinco vocales, respectivamente.

Art. 340°.- El recurso de apelación superior procede contra las siguientes resoluciones dictadas por el Juez Penal:

1. Sentencias en los procesos ordinarios y querellas.
2. Autos que resuelvan cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales; o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia; o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena, en cualquier clase de proceso.
3. Resoluciones contra las que ley especial considere admisible.

Art. 341°.- El recurso de apelación suprema procede contra las resoluciones expedidas por la Sala Penal Superior:

1. Sentencias en los procesos especiales por razón del delito.
2. Autos que resuelven cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales; o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia; o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena, en los procesos especiales por razón del delito.
3. Resolución contra las que ley especial considere admisible.

Art. 342°.- Admitido el recurso de apelación, el juzgador elevará de inmediato los autos principales, o si fuera el caso el cuaderno, al Juez Penal o la Sala Penal Superior o Sala Penal de la Corte Suprema que corresponda.

Es improcedente el abandono de recurso de apelación.

Art. 343°.- El recurso de apelación procede cuando, sin estar específicamente previsto, deba satisfacerse el principio constitucional de la instancia plural.

Art. 344°.- La apelación se interpondrá en el plazo de tres días de notificada o conocida la resolución, salvo disposición en contrario de la ley.²⁰

Venezuela**Código Orgánico Procesal Penal**

Artículo 439. Decisiones recurribles. Son recurribles ante la Corte de Apelaciones las siguientes decisiones:

1. Las que pongan fin al proceso o hagan imposible su continuación;
2. Las que resuelvan una excepción;
3. Las que rechacen la querrela;
4. Las que declaren la procedencia de una medida cautelar privativa de libertad o sustitutiva;
5. Las que causen un gravamen irreparable, salvo que sean declaradas inimpugnables por este Código;
6. Las que concedan o rechacen la libertad condicional o denieguen la extinción, conmutación o su suspensión de la pena;
7. Las señaladas expresamente por la ley.

Artículo 440. Interposición. El recurso de apelación se interpondrá por escrito debidamente fundado ante el tribunal que dictó la decisión, dentro del término de cinco días.

Cuando el recurrente promueva prueba para acreditar el fundamento del recurso, deberá hacerlo en el escrito de interposición.

Artículo 441. Emplazamiento. Presentado el recurso, el juez emplazará a las otras partes para que lo contesten dentro de tres días y, en su caso, promueva prueba. Transcurrido dicho lapso, el juez, sin más trámite, dentro del plazo de veinticuatro horas, remitirá las actuaciones a la Corte de Apelaciones para que ésta decida.

Sólo se remitirá copia de las actuaciones pertinentes o se formará un cuaderno especial, para no demorar el procedimiento.

Excepcionalmente, la Corte de Apelaciones podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.

Artículo 442. Procedimiento. Recibidas las actuaciones la Corte de Apelaciones, dentro de los diez días siguientes, si estima admisible el recurso, resolverá sobre la procedencia de la cuestión planteada en una sola decisión.

Si alguna de las partes ha promovido prueba y la Corte de Apelaciones la estima necesaria y útil, fijará una audiencia oral dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones y resolverá al concluir la audiencia.

Cuando la decisión recurrida sea la prevista en el ordinal 4º del artículo 439, los plazos se reducirán a la mitad.

El que haya promovido prueba tendrá la carga de su presentación en la audiencia.

El secretario, a solicitud del promovente, expedirá las citaciones u órdenes que sean necesarias, las cuales serán diligenciadas por éste.

La Corte de Apelaciones resolverá, motivadamente, con la prueba que se incorpore y los testigos que se hallen presentes.

Capítulo II**De la apelación de la sentencia definitiva**

Artículo 443. Admisibilidad. El recurso de apelación será admisible contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, salvo la pronunciada por el tribunal de jurados.

Artículo 444. Motivos. El recurso sólo podrá fundarse en:

1. Violación de normas relativas a la oralidad, inmediación, concentración y publicidad del juicio;
2. Falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia, o cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral;
3. Quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos que cause indefensión;
4. Incurrir en violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica.

Artículo 445. Interposición. El recurso de apelación se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días luego de notificada, y en escrito fundado, en el cual se expresará concreta y separadamente cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

Para acreditar un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó el acto en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia, el recurrente podrá promover prueba en el escrito de interposición, señalando de manera precisa lo que se pretende probar.

Artículo 446. Emplazamiento y remisión. Presentado el recurso el juez o tribunal emplazará a las otras partes para que lo contesten dentro de cinco días y, en su caso, promuevan prueba.

El juez o tribunal, sin más trámite, dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del plazo anterior, remitirá las actuaciones a la Corte de Apelaciones para que ésta decida.

Artículo 447. Procedimiento. Recibidas las actuaciones, la Corte de Apelaciones, dentro de los diez días siguientes, si estima admisible el recurso, fijará una audiencia oral que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez.

El que haya promovido pruebas tendrá la carga de su presentación en la audiencia.

La prueba se recibirá en la audiencia.

El secretario, a solicitud de promovente, expedirá las citaciones u órdenes que sean necesarias, las cuales serán diligenciadas por éste.

Artículo 448. Audiencia. La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan y sus abogados, quienes debatirán oralmente sobre el fundamento del recurso.

En la audiencia, los jueces podrán interrogar al recurrente sobre las cuestiones planteadas en el recurso.

La Corte de Apelación resolverá, motivadamente, con la prueba que se incorpore y los testigos que se hallen presentes. Decidirá al concluir la audiencia o, en caso de imposibilidad por la complejidad del asunto, dentro de los diez días siguientes.

Artículo 449. Decisión. Si la decisión de la Corte de Apelaciones declara con lugar el recurso por alguna de las causales previstas en los ordinales 1º, 2º y 3º del artículo 444 anulará la sentencia impugnada y ordenará la celebración del juicio oral ante un juez en el mismo Circuito Judicial, distinto del que la pronunció.

En los demás casos, la Corte de Apelaciones dictará una decisión propia sobre el asunto con base en las comprobaciones de hecho ya fijadas por la decisión recurrida, siempre que la sentencia no haga necesario un nuevo juicio

oral y público sobre los hechos, por exigencia de la inmediatez y la contradicción, ante un juez distinto a aquel que dictó la decisión recurrida.

Si se trata de un error en la especie o cantidad de la pena, la Corte de Apelaciones hará la rectificación que proceda.

Artículo 450. Libertad del acusado. Cuando por efecto de la decisión del recurso deba cesar la privación de libertad del acusado, la Corte de Apelaciones ordenará su libertad, la cual se hará efectiva en la sala de audiencia si está presente.²¹

A manera de epílogo

El abogado que gana un juicio o dos o diez no es el mejor abogado del mundo así como el que los pierde no es el peor. Para ganar un juicio se necesita: que le asista la razón al cliente, que tenga capacidad profesional su defensor y que tengan suerte ambos.

Para el juez la historia es distinta. Su deber es hacer que la pena solamente caiga sobre quien la merece realmente, es decir sobre quien es culpable.

Cuando el juez o el fiscal, por cuidar su salario o por hacer favores de orden político, personal o remunerado, llevan inocentes a la cárcel, hacen que la República se descalabre.

Precisamente por existir la posibilidad de que el juzgador se equivoque o se corrompa, el ciudadano tiene derecho a ser juzgado en doble instancia. El Estado debe garantizar el ejercicio de este derecho, no solamente consagrándolo en su ordenamiento jurídico interno sino dotando a los tribunales superiores de magistrados valientes, capaces y probos, que no teman revocar una resolución del inferior cuando ha sido dictada por error, ignorancia o mala fe.

¿Será posible?

Notas

1. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima primera edición, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid 1998,.
2. Chávez Torres Efraín, *Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal*, Con Práctica Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, pág. 159.
3. Ricardo Rodríguez Fernández, *Derechos Fundamentales y Garantías Individuales el el Proceso Penal*, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 28 y 29.
4. Cabrera Acosta Benigno Humberto, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, pág. 289.
5. El Art. 326 del CPP dice que quien haya interpuesto un recurso, puede desistir de él.
6. Florián Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág. 436.
7. *Califica este adjetivo a las resoluciones judiciales de cierta importancia dictadas en el curso de un proceso, y antes del fallo definitivo sobre lo principal; es decir, que no resuelven sobre el fondo de la causa, sino sobre algún incidente.* Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Bs. As. Tomo IV, pág. 466.
8. Real Academia, *Ob. Cit.* pág. 1099
9. Cabanellas Guillermo, *Ob. Cit.*, págs. 139 a 140.
10. Ricardo Vaca Andrade, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2000, págs. 125 y 126.
11. Alvear Macías Jorge, *Estudio de los Recursos en el Proceso Civil*, Edino, Guayaquil, 1993, pág. 97.
12. *Recurso de Apelación*
Existen varias modalidades para los recursos, y entre ellas la más común es la apelación, cuya naturaleza de medio ordinario de impugnación esta reconocida por todos e implica, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgado "ad quem" asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez "a quo" no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido, el recurso de apelación otorga plenas facultades al juez o tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium. Ricardo Rodríguez Fernández, *Ob. Cit.*, pág. 29.
13. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue promulgado en el Registro Oficial 101, 24-I-1969.
14. Hay que tomar muy en cuenta para fijar los límites de la resolución de la Corte Superior lo dispuesto en el Art. 328 del Código de Procedimiento Penal que dice: *Ningún Tribunal Superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, si fuere el único recurrente.*
15. Art. 329.- *Excarcelación.- Cuando hallándose el proceso ante un juez superior, por haberse interpuesto algún recurso, venciere el tiempo de la pena impuesta, el juez*

Notas

inferior ordenará que se excarcele al correspondiente penado, en cuanto hubiese cumplido la condena, con la obligación de presentarse, una vez por semana, ante el juez, si fuere posible, o ante la autoridad de policía que él señale, hasta que el Superior devuelva la causa.

La autoridad de policía designada será advertida en la correspondiente comunicación de este deber del excarcelado y tal autoridad fijará día y hora de la presentación.

16. de Aranda y Antón Gonzalo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial McGraw – Hill, Madrid, 2001, págs. 189 a 190.
 17. *Código Procesal Penal de la Nación*, Editorial Zavalía, Buenos Aires., 2000, págs. 132 a 133.
 18. *Código de Procedimiento Penal*, El Pensador Editores, Bogotá, 1998, págs. 91 a 100.
 19. *Código Procesal Penal*, colección Legislación Paraguaya, Intercontinental Editora, Asunción, 1999, págs. 167 a 171.
 20. *Código Procesal Penal*, Editorial Berrio, 2ª Edición, Lima, 1999, págs.. 77 a 78.
 21. *Código Orgánico Procesal Penal*, Vadell Hnos. Editores, Valencia- Venezuela, 1998, págs. 142 a 146.
-

El recurso de casación (alegato)

Gil Barragán Romero

Señores Conjuces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema:

Yo, en el recurso de casación interpuesto por el Banco en el juicio por daño moral N° 201-99, respetuosamente digo:

El 6 de enero de 1986, el Banco me acusó por un delito que afirmó habíamos cometido diecisiete de sus funcionarios; fui procesado penalmente y el juicio terminó en 1992, al declararse abandonada y prescrita la acción después de largos seis años en los que me vi obligado a defender mi libertad y mi honor. El procesamiento injustificado es una de las causas del daño moral por la que se puede demandar reparación; lo hice, como lo habían hecho anteriormente otros de los acusados, y en las dos instancias del juicio se me dio la razón. El presente recurso de casación intenta nulificar la última de las sentencias.

Cuando en otro de los juicios incoados por la misma causa contra el Banco, el Tribunal de Casación negó el recurso que también se interpuso entonces, la Corte Suprema hizo hincapié en el abandono de la acusación por el acusador, la cual reafirmó su convicción de lo injusto del procesamiento; dijo:

El acusador particular está obligado a impulsar la acusación, pues que de otra suerte estaría facultado para lanzar cualquier imputación por más calumniosa que fuere y a quedarse muy tranquilo. La acusación es acción muy grave, que responsabiliza a quien la hace; y el que se atreve a lanzarla, o la demuestra o queda condenado legal y moralmente por no proseguirla. En todo caso, la acusación queda hecha y ni la prescripción de la acción es capaz de hacerla desaparecer; el daño moral se ha producido y no hay remedio posible. (G.J. N° 6 – Serie XVI, p. 1521).

Pronunciamientos parecidos encontramos en sentencias dictadas contra el Banco en otros juicios por la misma causa. Así, en la publicada en el Registro Oficial N° 297 de octubre 13 de 1999, el Tribunal de Casación, refiriéndose a lo que el Banco hizo también con el demandante, un empleado con carrera similar a la mía contra quien el Banco presentó acusación particular por la misma infracción; dijo: *para a la postre dejar que prescriba la causa, sin reparar acaso en todo el daño moral que habrá ocasionado a él y a su familia, máxime que los testigos hablan de que la noticia al respecto se la conoció por los medios de comunicación colectiva, lo que supone que se lo desprestigió a través de todo el país.*

El artículo 19 de la Ley de Casación dispone que cuando haya jurisprudencia uniforme sobre determinada materia, ella será vinculante en el futuro. Para la materia sobre que versa mi demanda hay fallos reiterados, de modo que este principio podría tenerse en cuenta.

I

Razón de ser de la casación

Tratadistas y tribunales han señalado cuándo y con qué límites se puede acudir a la casación. Cito a continuación lo que algunos han expresado al respecto (he resaltado en letra negrita determinadas partes, por su pertinencia con mi caso):

El autor español Jaime Guasp expresa: *las partes no pueden acudir a ella a base de su simple interés sino que deben contar con una causa legalmente determinada, es decir con un motivo: el motivo de casación precisamente; por su parte, el órgano jurisdiccional no puede conocer de los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieron los tribunales de instancia, sino que encuentra limitados sus poderes a temas determinados y taxativos coincidentes precisamente con las circunstancias que funcionan como motivo de casación.*¹

Enrico Redenti, argentino, dice que la casación **no es lo que el recurrente considere cualquier injuridicidad sino las que determine la ley, que ella es por su naturaleza taxativa. Aquí, mucho más netamente que en la fase de apelación (que es una fase procesal a puertas, si no abiertas, al menos entornadas) el juicio asume el carácter de juicio sobre los motivos de impugnación (a puertas cerradas, después de la proposición del recurso y de los eventuales recursos incidentales). No son ya deducibles, pues, motivos adicionales, y la Corte no puede extralimitarse de los motivos formalmente propuestos.**²

La Corte Suprema de Colombia ha declarado lo siguiente, citado por Humberto Murcia: *la casación no constituye una instancia adicional ni apropiada para intentar el libre examen de la cuestión litigiosa a través de tal proceso ventilada, toda vez que cuando se trata del motivo primero del art.3.408 del C.P.C. ha de partirse de la base de que, mediando demanda de parte interesada, tan solo puede quedar planteado el enfrentamiento entre la sentencia definitiva de instancia y la ley, para que de la confrontación entre estos dos extremos, se llegue o no a la infirmación de aquella.*³ El mismo autor observa que:

El juez de casación tiene limitados sus poderes como tal, y por ello debe restringir su actividad a revisar la sentencia impugnada solamente por las causales que el recurrente invoque y por las razones que exponga, pero no queda a su alcance la renovación del conjunto probatorio, pues este recurso, por su carácter extraordinario, generalmente apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia [el sublineado es mío].

La Corte Suprema del Ecuador dijo en fallo del 9 de marzo de 1998, publicado en el Registro Oficial del 18 de mayo del mismo año, que:

El recurso de casación es un recurso extraordinario que no le permite conocer al Tribunal de Casación el conjunto del litigio, sino que su potestad está limitada a revisar la sentencia y determinar si está o no afectada por vicios de derecho en el juzgamiento in judicando o de juzgamiento e in procedendo o de actividad, señalados con carácter taxativo por el Art. 3 de la Ley de Casación, y dentro del campo específico demarcado por el recurrente. La casación no tiene por objeto principal enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el de remediar la vulneración del interés privado, sino el de cumplir una función de fiscalización jurídica de la administración de justicia realizada por los jueces o tribunales de instancia, para garantizar la correcta aplicación de las normas sustantivas y materiales, y que las sentencias no sean pronunciadas en juicios viciados de nulidad por infracción de las normas procesales. El último y trascendental propósito del recurso de casación es consagrar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Nuestro más alto Tribunal también ha dicho varias veces que los motivos de casación deben ser determinados claramente por el recurrente. Así, en el fallo publicado en el R.O. 901 S. de 11 de marzo de 1996, en el cual consta esto: **TERCERO... Hay que tener cuidado entonces en la invocación de causales citándolas con precisión y claridad, no es suficiente decir vagamente la causal, como se ha hecho en el caso que nos ocupa, pues no es misión de este Tribunal indagar el propósito del recurrente...**

El accionante no ha considerado nada de esto.

II

La sentencia que el banco ha impugnado

La sentencia a mi favor impugnada por el recurrente no adolece de ilegalidad alguna, además es clara, precisa y completa.

La 1ª. Sala de la Corte de Guayaquil condenó al Banco por considerar que justifiqué el daño moral que me causó y era fundamento de mi demanda; la sentencia hizo hincapié en el esforzado y leal servicio que presté a la institución durante largos años, reconocido por el Banco cuando renuncié voluntariamente para jubilarme; al haberme acusado por delito un año después de mi renuncia que fue aceptada con expresiones encomiásticas, además del daño incurrió en un comportamiento contradictorio que debió sorprender a la Corte Superior de Guayaquil, más aún cuando dice que mi supuesta responsabilidad penal *jamás fue probada, llegándose al extremo de que la acusación particular del Banco se declaró abandonada y prescrita la acción, por negligencia o descuido del propio acusador.*

Hubo un inconcebible voto de minoría; pero aún el ministro que se apartó de algunos de los pronunciamientos de la mayoría consideró posible que el procesamiento hubiere sido arbitrario. Después de señalar –con razón– lo impropio de que el Banco no hubiera comparecido a deducir excepciones en el juicio civil por daño moral, como era su deber,

el Ministro que disiente salva su voto *aun cuando se considerara que el procesamiento fue injustificado.* Su decisión se funda en que no se dio el presupuesto del artículo agregado después del inciso segundo del 2.258 del Código Civil, pues el juicio penal incoado *no se inició en virtud de acusación particular sino de oficio.* El magistrado extrema su rigidez al señalar la indicada falta del presupuesto de la reforma al Código Civil sobre el daño moral; en su concepto, si el Banco me hubiera acusado seis días antes habría debido responder por el daño, de otra manera no. ¡Seis días! Esto hace recordar el aforismo romano *summa ius summa iniuria*, recogido más tarde por Rousseau, para quien dijo que la inflexibilidad en la aplicación de la ley puede conspirar contra la justicia; así como también otros casos en los cuales hay la obediencia ciega de lo literal de un precepto, sin considerar la filosofía que lo inspira, o la obediencia ciega a lo ordenado (en la conocida obra *El principio de Peter* hay casos en que esta característica es el común denominador, como el de una enfermera a la cual el médico tratante instruye suministrar a determinadas horas un somnífero al paciente víctima de insomnio y, llegada una de tales horas, cuando éste duerme plácidamente lo despierta para cumplir la orden del doctor).

III

La casación demandada

Hemos visto que al demandar casación se tiene que determinar con exactitud las causales, que deben ser las previstas por la ley y no otras, y señalar cómo pudieron ellas inficionar la sentencia. Debe haber aplicación indebida o falta de aplicación de normas de derecho, errónea interpretación de normas procesales, error en la valoración de la prueba; la casación no es una tercera instancia y no sirve para modificar o dejar sin efecto un fallo que no adolezca de tales vicios.

El recurrente se limita a señalar *las causales de la letra a) del art. 2 de la Ley de Casación*, pero no las configura ni aparecen ellas en el contexto; hay una referencia notablemente impropia a ciertas particularidades del juicio penal sustanciado hace más de diez años y la cita impertinente de normas penales, procesales civiles, procesales penales y administrativas, todas extrañamente amalgamadas. No se explica cómo ellas –que por su naturaleza son inaplicables en el juicio civil de daño moral– pudieron tener incidencia en el mismo ni cómo se las pudo haber infringido en un proceso donde no tenían cabida; deja a la Sala de Casación esta determinación y el Tribunal debe hacerlo con base en adivinaciones. En varios fallos ella ha dicho que llenar estos vacíos *no es su misión.*

El recurso interpuesto es ampuloso, lleno de imaginarios fundamentos de hecho y de derecho que no son tales y de la mención de episodios de un juicio penal ya muerto; la demanda es abigarrada, pintoresca y al leerla viene al recuerdo lo que aconteció en un juicio en que el eminente jurista doctor Luis Felipe Borja defendía a una de las partes y con su célebre gracejo al litigar afirmó que la demanda de su contraparte podría titularse *De todas las cosas y otras muchas más* y que, asimismo, había incoherencia entre la causa de pedir y el pedido mismo y que podrían aplicársele estos versos: *Hace Dios al Hombre – Bienes infinitos- Cuando pitos, flautas - cuando flautas, pitos.*

El fundamento de derecho del recurso consta en el siguiente párrafo:

SEGUNDO.- Las normas de derecho infringidas son Arts. 15 numeral 5, 47, 162 y 246 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal, 278, 280 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, Art. 2.258 y agregados del Código Civil dispuestos por el Art. 2 de la Ley N° 171 R.O. N° 779, 4-VII-84, inciso 3°, Art. 277 del Código de Procedimiento Penal, y, Art. 376, numeral 4 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control...

Aunque al desgaire menciona *Las normas de derecho infringidas*, no explica cómo lo fueron, de modo que su sola mención no sirve para configurar vicios *in judicando o in procedendo* que fundamenten una casación. No vemos cómo las normas no se aplicaron correctamente en el juicio de daño moral (si ello hubiera sido posible).

Empero, las normas no pudieron haber sido *infringidas* en el juicio de daño moral por su naturaleza. Infringir significa quebrantar leyes, órdenes, etc. y la naturaleza de la causa, civil, no permitía el quebrantamiento de normas penales extrañas a la misma; ellas no eran infringibles Por tanto no se cumple lo dispuesto en los numerales 3° y 5° del artículo 3° de la Ley de Casación pues no hay el señalamiento de *las normas de derecho quebrantadas*, que solo hubieran podido ser de naturaleza civil.

Un breve análisis de las disposiciones jurídicas en que el Banco pretende fundarse, permite comprender que el recurso carece de fundamento de derecho. Veamos cuáles son las que cita :

Procesales penales. Los artículos 15, numeral 5; 47, 162 y 246 ¡del Código de Procedimiento Penal! que cita, no son aplicables en un juicio civil. El artículo 15 trata del inicio de la acción penal pública, el 47 dispone que en los casos de desistimiento o abandono de la acusación el juicio penal seguirá sustanciándose con intervención del Ministerio Público, el 162 ordena que en los casos de sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo se podrá proponer acción de indemnización de perjuicios cuando la acusación o denuncia hubieren sido calificadas de temerarias; el 246 se refiere al sobreseimiento del proceso o el sindicado en un juicio penal, y el 277 dispone lo que debe hacerse cuando falta un Juez para integrar el tribunal penal. ¿Cómo hubiera podido aplicar estas disposiciones la Primera Sala de la Corte de Guayaquil si su sentencia versaba sobre un caso de daño moral, en el cual recae este recurso?

Artículos de la L.O.A.F.I.C. Igual averiguación cabe hacer respecto de la alegada transgresión de lo dispuesto por el Art. 376 numeral 4 de la L.O.A.F.I.C., pues esta disposición se refiere a sanciones administrativas. ¡Qué mezcla!

Disposiciones procesales (civiles). Asegura el recurrente que se ha quebrantado el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez debe decidir en la sentencia únicamente los asuntos sobre que se trabó la litis. Esta norma no se violó en el juicio civil y para demostrarlo basta leer la demanda de daño moral que el Banco ni siquiera contestó, por lo cual la omisión debió interpretarse como negativa pura y simple; consecuencia, la litis se trabó entre lo que yo pedí: *vengo a demandar como en efecto demandando al Banco indemnización pecuniaria a título de reparación por el daño moral que he sufrido* y la negativa tácita del demanda-

do. En las sentencias de las dos instancias se concedió la indemnización. ¿Dónde el quebrantamiento?

Articulado del Código Civil. El Gerente del Banco asegura, por último, que se han infringido los Arts. 2.258 y agregados del Código Civil dispuestos por el Art. 2 de la Ley N° 171 R.O. N° 779 4-VII-84, inciso 3°...; esta afirmación es extravagante, pues acusa el quebrantamiento de todos los artículos sobre daño moral del Código Civil. Todos, ya que el recurrente no singulariza. Al citar como quebrantados la totalidad de los artículos sobre la materia, sin duda el recurrente creyó que podía acertar con alguno como cuando alguien compra varios números de lotería. Uno de ellos podría jugar.

No pudo pedirse, empero, una casación sin causales precisas como lo ha hecho el recurrente, ni es dable acusar el quebrantamiento de normas civiles y penales como también ha acusado. No hay sentencias civiles-penales cuya casación cupiera en un en un solo recurso.

El recurrente dice que ha habido una *equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia y decisiones contradictorias con los méritos del proceso*, sin explicar dónde se hallan la equivocación y, al parecer, ha querido hacerlo afirmando que cometí el delito acusado tanto que fui llamado a plenario; tal vez el recurrente hubiera podido pedir casación de la sentencia penal pero no en la de daño moral, aunque no creo que hubiera tenido mejor suerte. Finalmente, afirma que la Sala de la Corte de Guayaquil ha prevaricado, prevaricato que tampoco corresponde conocer a una Sala de Casación en lo Civil.

Hay no solo falsedad sino reincidencia cuando el Banco ha reiterado su imputación de delito y ha dicho que la comisión del mismo se demuestra por haber sido yo llamado a plenario; el llamamiento a plenario no es prueba de culpabilidad.

Hay falsedad al acusar de prevaricato a la Primera Sala de la Corte Superior. *Mutatis mutandis*, la sentencia que dictó tiene los mismos alcances que las dictadas contra el mismo demandado por otros jueces y tribunales, por igual motivo que el mío. Todos ellos habrían prevaricado, incluidos los Tribunales de Casación, que negaron la procedencia de este recurso. En una de las sentencias el Tribunal acogió la opinión del Dr. José García Falconí, para quien *el procesamiento injustificado es una forma de prevaricato*, de modo que el prevaricador habría sido el personero de la institución demandada y no la Sala de la Corte de Guayaquil.

No hay normas quebrantadas, errores en su aplicación, distorsiones del derecho, ni hechos pasibles de corrección que justifiquen la casación; no hay prevaricato.

El Banco ni siquiera ha negado que por su proceder injusto yo hubiere sido obligado a defender ante los jueces mi libertad y mi honor durante tantos años, hasta que concluyó el juicio penal por su desidia; tampoco ha negado mi derecho a demandar por el daño moral, pues no opuso excepciones.

En el supuesto no admisible de que la Sala de Casación admitiera la demanda, confieso ingenuamente que no concibo cómo podría casar la sentencia; para hacerlo debería determinar como no lo ha hecho el recurrente, qué normas fueron violadas o mal interpretadas por la Primera Sala de la Corte de Guayaquil, y correspondería hacerlo para fundamentar la sentencia que considere debe ser sustitutiva, como lo dispone el artículo 14 de la Ley: (el Tribunal) *casará la*

sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere y con el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto.

IV

El procesamiento penal injustificado

Como se ha dicho ya hasta en los fallos respectivos, el Banco no dio contestación a mi demanda de daño moral como debía hacerlo si creía tener razones para defenderse, pero ha considerado factible proponer las excepciones en el presente recurso, lo cual tampoco es jurídico.

Efectivamente, invoqué como causa del daño moral la del procesamiento injustificado y el Banco ha pretendido demostrar que ella no existía, porque *hubo una estafa*; sostener esto en el trámite de casación es erróneo, pues en él cabe sólo fundarse en vicios que pudiere haber tenido la sentencia de daño moral; el juicio penal que el Banco ha evocado terminó hace mucho tiempo.

No es admisible reiterar en el recurso de casación la imputación infamante que sirvió para el juicio penal. Acusado yo en 1986 y procesado hasta 1992, se declaró la prescripción por el abandono de la acusación; el juicio penal quedó terminado para siempre. Si el acusador hubiera tenido fundamento plausible no debió abandonar su incriminación y pudo impulsar el juicio que continuó de oficio, conforme a la ley, aun después del abandono.

A pesar de la impertinencia de estos argumentos, tardíamente expuestos, en defensa de mi honor y por el imperio de la verdad debo referirme brevemente a ellos, aunque esto también signifique remover un juicio que terminó el siglo pasado.

Reiteración de las imputaciones

Al haber dicho en el trámite de este recurso que la *estafa* se comprobó y que fui llamado a plenario, el Banco ha reincidido en el delito de acusación falsa, pues como anteriormente digo, el juicio terminó para siempre al declararse la prescripción; por esto no es eficaz el propósito de demostrar que no cometió ilicitud al acusarme. Para que la conducta del Banco hubiera sido lícita su acusación debió ser probada y mi culpa declarada en sentencia condenatoria. La declaratoria de prescripción impidió tal cosa y, como sus efectos son *erga omnes*, después de dictada nadie puede imputarme la comisión del mismo delito, como lo ha hecho el personero del Banco Central.

El llamamiento a plenario

El llamamiento a plenario que como supone el recurrente es *prueba* de mi culpabilidad, no lo es. En mi caso, especialmente, no prueba nada porque al dictarlo se ignoró lo que expresó la defensora de la vindicta pública, Agente Fiscal Ab. Jenny Chávez de Jacho. Ella dijo, después de analizar el proceso y al terminar el sumario :

e) *Tampoco ha sido demostrada de manera clara y fehaciente la presunta responsabilidad de los sindicados Aquiles Martínez Santos, Gonzalo David Loja Fabara, Carlos Alberto Villacís Gómez, Reinaldo Martínez Mar-*

tínez y Juan Javier Infante Santoro, todos ellos antiguos funcionarios del banco emisor, que se hallaban facultados para firmar los cheques que les eran presentados, correspondiéndoles constatar únicamente los nombres de los beneficiarios, la cantidad fijada y la correcta aplicación de la cinta protectora del cheque.

El artículo 261 del Código de Procedimiento Penal dispone que en la etapa plenaria *se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar la responsabilidad o inocencia del procesado, a fin de condenarle o absolverle*; después del llamamiento hay, por tanto, un camino por recorrer hasta llegar a la sentencia, que puede ser absolutoria o condenatoria. Si no hubo sentencia condenatoria contra mí y el juicio terminó, está vedado a todos –y a mi antiguo acusador especialmente– seguir llamándome estafador.

El abandono y la declaratoria de prescripción extintiva

Al afirmar que fui un delincuente cual si ello fuera verdad inconcusa, el recurrente no ha reparado en que todo el tiempo, antes de la acusación y después de ella, gocé de la presunción constitucional de inocencia; no se me declaró culpable en sentencia y, declarada la prescripción por el abandono de la acusación, NADIE puede deshonrarme después incriminándome por una supuesta estafa. Hacerlo es cometer un nuevo delito.

Abandono es, en Derecho, un desistimiento tácito debido a la inactividad procesal. El Banco desistió tácitamente y el efecto del desistimiento es, como saben quienes entienden de estas cosas, que no puede volverse a formular una reclamación por la misma causa.

Se declaró después la prescripción de la acción. La prescripción tiene el siguiente objeto, según explica el jurista argentino Alberto Campos:

Es indudable que [ella] persigue un fin genérico específico en cada rama de establecer un límite temporal a las acciones, sean de los particulares o del Estado, pasado el cual se presume según sean las teorías, la pérdida de actualización del interés punitivo, la cicatrización del daño, el olvido del mal causado o la debilitación de las pruebas...⁴

Nuestra ley –art. 2.438 del Código Civil– declara que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el que no se hayan ejercido dichas acciones.

El lapso de la inacción del Banco acusador fue mayor al exigido por la ley, pues iniciada la causa en 1986, sólo se declaró la prescripción en 1992; sin duda el Banco descubrió que no había habido infracción penal y que su acusación fue falsa. El acusador ha dado una explicación pueril para el abandono de la acción, la de que no pudo continuarla por problemas ¡en la Corte de Justicia!; no ha dicho por qué no continuó impulsando la acción pública, aun sin ser acusador. Fue pasivo e irresponsable, como lo ha dicho uno de los tribunales de casación.

Intento de justificar la acusación falaz

El recurrente dijo que estuvo obligado a acusar, pues si no lo hacía pudiera haber sido condenado al pago de una multa de cincuenta a cincuenta mil sucres (¡dos centavos de dólar a dos dólares!), porque así lo dispone el numeral 4

del artículo 376 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, L.O.A.F.I.C. Para no exponerse a esta sanción, no trepidó en formular la acusación falsa aun sabiendo que así provocaría la pérdida de mi paz, la virtual destrucción de mi vida y que me viera obligado a una defensa judicial que duró desde 1986 hasta 1992, y a litigar durante nueve años más que ha durado este juicio.

El deber incumplido

Sin embargo de la explicación hecha sobre su cumplimiento del deber legal, observo a la Sala que ninguna norma de la L.O.A.F.I.C. ni de otra ley pudo autorizar al representante del Banco, en cambio, para acusar a un inocente y después abandonar la acusación, como lo hizo. Su deber, como lo señaló la Corte de Casación en uno de los fallos citados, era ***impulsar la acusación***; el Banco desistió tácitamente de la acusación falsa.

El delito de acusación o denuncia falsas

Denunciar o acusar falsamente por un delito es otro delito que está tipificado en el artículo 494 de nuestro Código Penal y se configura por no haberse probado la acusación y dictado sentencia condenatoria; también lo está en otros códigos, pues comporta lesión del honor, que es un bien jurídicamente protegido, y afecta al normal funcionamiento de la administración de justicia. El Código Penal argentino, por ejemplo, en su artículo 245 declara: *Se impondrá prisión de dos meses a un año, o multa de cien a quinientos pesos, al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.* El Código español, en su artículo 331, dice que hay delito por la simple denuncia falsa o por asumir el acusador el carácter de parte en el proceso (esto lo hizo el recurrente). El acusador manchó mi honor que está protegido por el numeral 8 del artículo 23 de la Constitución de la República y atentó contra la administración de justicia, y cuando desertó de la causa agravó la responsabilidad asumida al denunciar falsamente: este comportamiento es un prevaricato y así lo considera el doctor José García Falconí (citado en uno de los fallos por la Sala de Casación). La prescripción puso término al juicio penal y selló la iniquidad.

Repetición de lo que el Estado pague

Los artículos 29 y 22 de la Constitución declaran la responsabilidad del Estado por los perjuicios que se causen a los habitantes del país; y el segundo ordena repetir contra el funcionario responsable de haberlo causado por lo que el Estado sea condenado a pagar como indemnización. Después de que se ejecute la sentencia que se me la concede, la justicia debe aplicar esta disposición constitucional.

V

El daño moral que provocó el banco

El Banco no negó haberme causado daño moral, pues ni siquiera contestó mi demanda; pretendió eludir su responsabilidad con fútiles e fugios. No hace falta, por tanto, lucubrar

sobre la teoría del daño moral. Varios fallos que han pasado en autoridad de cosa juzgada dictados por diferentes tribunales contra el mismo causante y por el mismo hecho, evidencian una verdad que no puede variar.

Además de la aparatosa publicidad que desde el principio tuvo la acusación contra mí, todo cuanto vino después agravó el daño como lo he probado en el juicio civil correspondiente. El daño moral, en casos como el de autos, resulta de la naturaleza misma de las cosas y se aplica el principio in re ipsa (la realidad habla por sí misma); un procesamiento sin razón en el que se afectó contra mi libertad y honra y con el cual se manchó mi reputación, no pudo menos que producir un terrible sufrimiento; el mismo determinó los estados anímicos negativos que señala la ley: angustia, ansiedad, humillaciones.

Todo esto aconteció al llegar a mi edad senil, al crepúsculo de mi vida (pronto cumpliré ochenta años) y después de haber gozado invariablemente de consideraciones sociales y de merecer reconocimientos como hombre de bien; éstos procedieron inclusive de quien fue mi empleador y después mi acusador, pues durante un extenso período de servicios me lo demostró con ascensos y distinciones que reflejaron su buen concepto sobre mi persona y su aprecio por mi trabajo; me reputó un funcionario ejemplar.

La acusación injusta causó los indicados trastornos psicofísicos y un desgaste vital que se ha acentuado en mi vida de relación, pues ellos se proyectaron a terceros y en general a mi entorno social; mis amigos y relacionados se apartaron, dejaron de invitarme, evitaron encuentros conmigo como si fuera un apestado. Muy a pesar mío hube de limitar la asistencia a actos públicos y mi comunicación con la sociedad; antes del enjuiciamiento nadie pudo haber creído que yo fuera un delincuente, pero después de la acusación hecha por entidad tan respetable pocos podían dudar de ello; desaparecieron mi universo social y los sentimientos y ligazones subjetivas formadas durante años; se desarticuló mi existencia.

El recuerdo de esta etapa de mi vida quedará para siempre en el fondo de mi alma aún después de que se me pague el *pretium doloris* -la reparación demandada- y será imposible desarraigarnos, como pudiera ocurrir si un padre perdiera a un hijo esperado por mucho tiempo con la ilusión de que fuera el sostén de su vejez: podrá resignarse pero jamás olvidará. Respeté y entregué al Banco mis mejores esfuerzos durante decenios, sin imaginar que un día me iba a acusar de delincuente. Nunca pude suponerlo; pues, como lo he dicho, me distinguí siempre tanto que en ceremonia solemne en cierta ocasión me hizo entrega de una placa de oro (el único oro del Banco que tuve en mis manos) y cuando renuncié para jubilarme, el Gerente me dirigió la siguiente comunicación:

Señor... Guayaquil.- De mi consideración: En contestación a su carta de 15 del actual, me cumple manifestarle que he aceptado la renuncia que usted presenta del cargo de... en razón de que va a acogerse a los beneficios de la jubilación.- Al participar a usted esta decisión, dejo constancia de nuestros más cumplidos agradecimientos por los leales y eficientes servicios que se ha dignado prestar a la institución.- Muy atentamente, f) Gerente General.

Firmó la carta el mismo Gerente, quien un año más tarde, cuando yo no formaba ya parte de su personal, presentaría la acusación contra mí; del amor pasó al odio y para manifestar este último no trepidó en delinquir.

Señores Ministros,
a ruego del peticionario y como su defensor,

Notas

1. Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, pág. 925.
 2. Enrico Redenti, *Derecho Procesal Civil*, T. II, Ed. Jurídicas Europa-América, pág. 129.
 3. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, pág. 55.
 4. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXII, pág.238.
-