

JURIS DICTIO

Revista del Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito

Año III, N° 7

Quito, Diciembre 2003

Director:

Fabián Corral Burbano de Lara

Editor:

Diego Pérez Ordóñez

Consejo Editorial:

Fabián Corral Burbano de Lara

Lorena Cascante Redín

Diego Pérez Ordóñez

Diagramación, impresión:

AH/editorial

Las opiniones de los colaboradores de la Revista del Colegio de Jurisprudencia no implican que el Colegio de Jurisprudencia ni la Universidad San Francisco de Quito necesariamente estén de acuerdo con ellas.

USFQ-BIBLIOTECA

EDITORIAL	5
<hr/>	
SECCIÓN MONOGRÁFICA:	
LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO	6
<hr/>	
<i>Lorena Cascante Redín</i>	
El reto para el proceso civil moderno: de la escritura a la oralidad. ¿Hacia un proceso civil universal?	7
<i>Ricardo Crespo Plaza</i>	
Perspectivas futuras del Derecho Ambiental	12
<i>Ramiro Aguilar Torres</i>	
El laberinto del Derecho Internacional en el siglo XXI	29
<i>Rafael Oyarte Martínez</i>	
El control de constitucionalidad de los tratados internacionales	34
SECCIÓN LIBRE	45
<hr/>	
<i>Santiago Andrade Ubidia</i>	
La justicia de paz en la vigente Constitución Política de la República	46
<i>Jaime Veintimilla Saldaña</i>	
Ausencia del Estado, violencia, derecho y justicia comunitaria. El caso de las juntas campesinas	62
<i>Domingo García Belaunde</i>	
El Habeas Corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas	71
<i>Joaquín Brage Camazano</i>	
El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México	75
<i>Juan Manuel Sobrino Heredia</i>	
De las constituciones de los Estados Nación al "tratado-constitución" de la Unión Europea	89
<i>Fernando de Trazegnies Granda</i>	
Lógica del amor y lógica del amo. Reflexiones sobre una teoría agonial del Derecho	95
<i>Álvaro Román</i>	
El daño ambiental	102
<i>Hugo A. Acciarri</i>	
La responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil argentino de 1998. Los objetivos de prevención y eficiencia en el derecho de daños	111
SECCIÓN PENSAMIENTO	116
<hr/>	
<i>Fernando Pachón Linero</i>	
¿Qué es ética?	117
<i>César Montúfar</i>	
Sobre el Príncipe y su virtud	119
<i>Vladimir Serrano Pérez</i>	
Entre revueltas, rebeliones y revoluciones: de Octavio Paz a Erich Fromm	124
<i>Jorje Zalles</i>	
¿Ayudan los diálogos a resolver problemas sociales?	128
SECCIÓN JURISPRUDENCIA	137
<hr/>	
<i>José Meythaler</i>	
La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano	138
NUESTROS COLABORADORES	142

USFQ - BIBLIOTECA

El reto para el proceso civil moderno: de la escritura a la oralidad

Lorena Cascante Redín

¿Hacia un proceso civil universal?

En la Constitución Política del Ecuador reformada en el año 1998 se introdujeron, en el Título VIII, importantes lineamientos sobre el deber ser del sistema procesal ecuatoriano. El primero y más importante tiene presente que el proceso, como expresión del sistema procesal, lejos de ser un fin en sí mismo, no es otra cosa que un instrumento para la realización de la justicia (Art. 192). El segundo contiene la observancia en el proceso de los principios del debido proceso (num. 27, Art. 23 y Art. 192). El tercer lineamiento se refiere al cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia, para lo cual se resalta que las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites (Arts. 192 y 193). En cuarto lugar, y en relación al procedimiento, se establece que éste se llevará a cabo mediante el sistema oral y de acuerdo con los principios dispositivo y de concentración e inmediación (Art. 194). Finalmente, se consagra el principio de publicidad cuando establece que los juicios serán públicos (Art. 195). Todos estos principios configuran un sistema procesal que, como veremos, es afín a las modernas tendencias del derecho procesal.

Los principios señalados se refieren al sistema procesal ecuatoriano; los artículos que los contienen no hacen referencia a ningún proceso particular, de ahí que deben ser recogidos tanto por la legislación procesal penal como por la legislación procesal civil. Estos principios ya fueron recogidos por el legislador y plasmados en el Código de Procedimiento Penal, vigente íntegramente desde el año 2001. Recordemos, precisamente, que entre los considerandos para la expedición del nuevo Código constan, principalmente, los mandatos constitucionales de los artículos 192, 193, 194. Le corresponde ahora al legislador plasmar los mandatos constitucionales señalados en el proceso civil y para ello será necesario reflexionar sobre la aplicación de los mencionados principios en un proceso que, a diferencia del proceso penal, garantiza la efectividad de un derecho sustancial de naturaleza privada.

Los lineamientos establecidos por la Constitución no son nuevos, éstos acogen tendencias generales que han sido discutidas a nivel mundial, por lo que su revisión nos ayudará a enfrentar el reto de modernizar nuestro viejo Código de Procedimiento Civil.

En este artículo revisaremos, a breves rasgos, el proceso de formulación de un Código Procesal Modelo para Iberoamérica el mismo que, como veremos, recoge las más modernas tendencias del derecho procesal y, por otro lado, examinaremos lo que tratan algunos de esos principios comunes de la tendencia universal.

Los códigos tipo o modelo

Actualmente hay acuerdo sobre los lineamientos de un sistema procesal para que éste sea rápido y efectivo. Este acuerdo se ha visto reflejado en un trabajo de unificación que a su vez se ha recogido en los llamados códigos tipo o modelo, y cuyos mejores representantes los constituyen el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el Código Judicial Uniforme para la Comunidad Europea.

A nivel latinoamericano, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, creado (como Latinoamericano) en Montevideo, en 1958, a propósito de las Ias. Jornadas de Derecho Procesal, fue la institución que creó un espacio para la discusión de estas nuevas tendencias y como resultado se obtuvo la elaboración de los Códigos Procesal Civil y Penal Modelo¹ para Iberoamérica.

La misión de crear un código procesal civil modelo fue confiada a los uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vécovi quienes, en cumplimiento de su encargo, elaboraron un documento de trabajo que fue discutido en varias jornadas de Derecho Procesal, una de ellas realizada en Ecuador, para ser finalmente aprobado en las XIas. Jornadas desarrolladas en Río de Janeiro, Brasil, en 1988.

Sobre este trabajo, su autor Enrique Vécovi,¹ *hace dos advertencias: La primera es que no se trata de una legislación uniforme... sino de un modelo o tipo que sirva de guía para los países que estructuran reformas de sus códigos procesales, adaptándolas a sus circunstancias y posibilidades. La segunda que en todo caso estamos aún en la etapa de Anteproyecto y se procura su mejoramiento, a través de una Comisión, que analiza múltiples sugerencias de reformas.* Vécovi sostiene que a nivel iberoamericano existen factores aglutinantes además de muchas instituciones similares que permiten que esta misión unificadora sea posible; pero también reconoce que es un modelo que deber ser adaptado a las circunstancias, organización judicial y realidad política de cada país.² Por las razones antedichas, Adolfo Gelsi Bidart, coautor del documento, prefiere llamarlo *proyecto de Código o Anteproyecto del Código tipo*.³

Las tendencias que recogen estos códigos son la aspiración de la unificación de la legislación procesal, la introducción de la oralidad como sistema que permite garantizar la inmediación del juez con las partes, la concentración de los actos procesales y la publicidad del proceso, la simplificación de los procedimientos en general, como medio para la igualdad concreta de los litigantes ante la jurisdicción y la necesidad de ampliar las facultades del juez en el proceso dentro de los límites del principio dispositivo.⁴

El Código Modelo fue acogido y aprobado íntegramente por Uruguay como Código General del Proceso en el año 1989, fecha en la cual se inició la reforma procesal; esta re-

forma cambió el proceso civil escrito por el proceso oral o proceso por audiencias.

De acuerdo a un estudio realizado por Banco Interamericano de Desarrollo,⁵ la reforma cumplió con el objetivo de procurar una justicia más rápida y efectiva; en un informe publicado sostiene que *La evaluación de la reforma procesal en el Uruguay no sólo indica una sensible reducción en los tiempos procesales, también señala haber alcanzado el objetivo fundamental de inmediación, concentración, publicidad, simplicidad (al limitar el número de tipos procesales al mínimo imprescindible).*

En otros países de la región, el Código Procesal Civil Modelo ha sido publicado y en algunos de ellos, si no acogido íntegramente, lo han hecho al menos parcialmente: como por ejemplo las reformas brasileñas de 1994, el Código Procesal de Perú en 1993 y el ordenamiento de la provincia argentina de Tierra del Fuego en 1994.

En lo que respecta a nuestro país, Ecuador en el año de 1982 fue sede de las VIIIas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, donde se resuelve, entre otros temas, retomar el análisis y discusión de las Bases para el Código Modelo del Proceso Civil.⁶

Para entonces, en el Ecuador ya se había conformado el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y además en el año 1980, por encargo de la Comisión Legislativa, se había conformado una comisión para preparar un nuevo Código de Procedimiento Civil. Dicho encargo fue confiado a los doctores Juan Isaac Lovato, Alfonso Troya Cevallos y Celso Olmedo Vásquez. El doctor. Juan Isaac Lovato, refiriéndose a este proyecto, menciona que no prosperó, pero que entre los lineamientos que se habían considerado estaban las recomendaciones hechas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a través de sus Jornadas;⁷ hace referencia, además, a la necesidad de un nuevo Código de Procedimiento Civil *que esté orientado por los principios del Derecho Procesal y por la experiencia reconocida y aplicada por procesalistas tan ilustres como los que han estado orientando los Códigos de Procedimiento Civil de Guatemala, de Argentina, de Brasil y de Colombia, que es en el orden que han ido apareciendo en América Latina, y que debemos aquilatar y aprovechar para aplicarla a nuestra realidad social y jurídica.*⁸

Dentro del marco de las VIIIas. Jornadas de Derecho Procesal, otro ilustre jurista, el doctor Juan Falconí Puig, dejó planteado un importante cuestionamiento sobre el proceso escrito; Falconí se pregunta si el proceso escrito cumple con los principios fundamentales del Derecho Procesal y del Procedimiento propiamente dicho y sostiene que se notan *grandes fallas en la mayoría de los países iberoamericanos, pues algunos de estos principios fundamentales (interés público, imparcialidad del órgano jurisdiccional, igualdad de las partes, derecho de defensa, publicidad, cosa juzgada, etc.), o no se cumplen, o se los aplica de una manera muy limitada, y plantea la necesidad de la reforma procesal atendiendo a ciertos principios, entre ellos: la inmediación, la lealtad procesal, la concentración, la publicidad, y plantea la interrogante de si el proceso oral puede superar la lentitud del proceso escrito.*⁹

Finalmente, en el año 1999 el Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador Projusticia, contrató a un grupo de juristas para que

elaboraran un proyecto de reforma al Código de Procedimiento Civil; el encargo recayó en los doctores Edmundo Durán Díaz, Jorge Zabala Egas y Ernesto Albán Gómez quienes prepararon un documento de trabajo con base en los lineamientos del Código Procesal Civil Modelo; dicho documento fue luego revisado por un grupo de la academia, del foro y de la magistratura, sin embargo el proceso de revisión no llegó a concluir.

Revisemos ahora algunas de las tendencias que han sido recogidas en el Código Modelo.

Unificación de la legislación procesal

La creación del Código Procesal Civil Modelo y del Código Judicial Uniforme Europeo evidencia un fenómeno de internacionalización o transnacionalización del derecho, producto, a su vez, de la integración comercial de los países. A medida que este proceso progresa, se deben perfeccionar los instrumentos jurídicos que lo hagan efectivo. A nivel procesal, el primer paso en este esfuerzo es alcanzar la unificación de la legislación procesal interna para luego lograr la universalización del régimen procesal civil. Podría parecer una meta ambiciosa, pero no olvidemos que la globalización nos plantea retos que no podemos eludir.

Véscovi, coautor del proyecto, hace hincapié en lo dicho y nos hace ver que los códigos modelos sirven como una forma de unificación de la legislación procesal de los países iberoamericanos y sostiene que *La interrelación cada vez mayor entre nuestros países, la necesidad de la cooperación judicial que se trasunta en una serie de tratados que la OEA ha impulsado últimamente realizando, a mi juicio, una de las más importantes labores, hace que en la medida en que nuestros códigos sean unificados, lo cual no significa que sean iguales, establezcamos instituciones parecidas. Esa cooperación judicial que trasuntará una cooperación de la justicia será cada vez una realidad mayor en razón de que es evidente que existe una comunidad iberoamericana con España, por todo lo sabido de nuestra madre patria. En materia latinoamericana, sin duda, existe una serie de factores aglutinantes empezando por la lengua, en la incluyen también al portugués, pues no nos separa de ninguna manera por la historia, por la geografía, por los problemas económicos, etc., y la historia de toda la vida e imperiosamente la historia de este momento que nos llega a unirnos y nos hace ver que el mundo ya no es de países, sino de regiones, y hay otras regiones que nos han dado una serie de ejemplos como por ejemplo sucede en la región europea, donde países de distinta lengua, hasta de distinta raza han organizado un mercado común que se trasunta inclusive en una justicia común, porque hay cortes, hay una universidad y una serie de elementos que nosotros naturalmente tenemos que tratar de imitar, para no quedar atrás en nuestra área.*¹⁰

Sin embargo, no debemos olvidar aquello que Véscovi señalaba: el Código es solamente una guía, los principios fundamentales están consagrados en él pero cada país debe dar un paso complementario a este esfuerzo y establecer las particularidades del procedimiento de acuerdo a sus especiales circunstancias jurídicas y políticas.

El proceso de unificación parte de la búsqueda de principios unificadores, y el estar claro acerca de lo que es más

útil y eficaz de un sistema procesal. En nuestro país esos principios ya se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Constitución Política, lo que constituye un avance importante hacia la unificación con otros regímenes jurídicos.

La socialización del proceso¹¹

La socialización del proceso es una de las tendencias del nuevo proceso civil y consiste, según el criterio del propio coautor del Código Modelo Adolfo Gelsi Bidart, en el *conjunto de reglas que permitan realizar aquello que todo proceso tiene que realizar, asumir efectivamente la realidad humana concreta que es sometida a la solución del proceso, tratará de eliminar todos aquellos elementos que impiden que el juez y las partes lleguen a la realidad que ha ocurrido y que tratan de disciplinar de acuerdo a lo que el orden jurídico ha establecido.*¹²

Esta tendencia asume entonces que el derecho procesal es un derecho público, aún cuando sea un instrumento de tutela de derechos privados (proceso civil)¹³ y que su misión primordial es acceder a la verdad jurídica objetiva aún cuando las partes, a través de sus abogados, no hayan actuado con la diligencia debida para suministrar todos los elementos de convicción.

Las reglas se necesitarían para lograr este objetivo son las que configuran un nuevo sistema procesal.

Tradicionalmente se consideraba que el proceso era cosa de las partes y el sistema procesal acorde con esta concepción era el sistema escrito en donde la presencia del juez estaba muy atenuada. El juez era un observador del obrar de las partes y se limitaba a juzgar al final del proceso con base a aquello que había sido suministrado por las partes en el transcurso del proceso y que constaba de las actas redactadas por los secretarios. Si una de las partes no lograba probar efectivamente su derecho, por cualquier motivo que fuese, asumía las consecuencias de una sentencia contraria aún cuando le hubiese asistido la razón.

La tendencia moderna se dirige a que el juez busque la verdad jurídica objetiva más allá de la actividad de las partes. Cabe aquí una observación, la determinación de los hechos a ser probados lo establecen las partes, nunca el juez. Lo contrario, es decir permitirle al juez introducir al proceso hechos no alegados por las partes, sería adoptar el principio inquisitivo y esto es contrario a este sistema que se basa en la observancia del principio dispositivo.¹⁴

Detrás de esta aspiración de encontrar la verdad jurídica, está la necesidad de garantizar la efectiva igualdad de las partes, atenuando las consecuencias que podrían derivar del hecho de que una parte y su abogado sean menos hábiles, menos ágiles, menos astutos que la parte adversaria y su defensor. De acuerdo a esta idea, *los frutos de la victoria deberían corresponder no a la parte que cuente con el mejor abogado o con el investigador más diligente, sino a la parte que sostenga la causa más justa.*¹⁵

La necesidad de darle efectividad a esta nueva concepción del proceso civil es la que da lugar y configura un sistema procesal basado en la oralidad y en la ampliación de los poderes del juez.

En la oralidad porque un proceso por audiencias permite que el juez esté en contacto directo con las partes y con el

objeto litigioso. Y la ampliación de poderes del juez porque si la idea es llegar a la justicia se requiere que el juez se sirva de los mecanismos necesarios para esclarecer los hechos controvertidos y debe hacerlo aun cuando las partes no lo hagan o lo hagan negligentemente. Este poder del juez debe ejercerse como complementario a la actividad de las partes.¹⁶

En la práctica llamaría la atención que la parte que alega un hecho favorable a ella no pida también la práctica de los medios de prueba dirigidos a demostrar su verdad, y por ello la intervención del juez en esta materia aparece como extraordinaria y supletoria.

Otorgarle al juez mayores poderes no riñe con su necesaria sujeción a la Constitución y a la ley consagrada en el Art. 199 de la Constitución y, como vimos, tampoco debería vulnerar el principio dispositivo.

Sin duda uno de los temores que surgen en este punto es la afectación a la imparcialidad del juez, pero recordemos nuevamente que el objetivo del juez es buscar la verdad y no el beneficio de una u otra parte. Pero no es menos cierto, que este sistema confía en los jueces, en que éstos sean hábiles, inteligentes y sobre todo honestos; si no recordemos que el proceso escrito se lo instauró como un mecanismo para proteger a las partes de la deshonestidad del juez.¹⁷ Nos encontramos aquí ante un punto que nos puede hacer reflexionar sobre la aplicación de esta reforma.

El proceso oral o por audiencias

Se ha llegado a este momento después de haber revisado dos tendencias importantes, por un lado la búsqueda de la unificación y por otro lado la llamada humanización del proceso, y al parece ambas ideas reposan sobre un pilar fundamental que es la oralidad; la primera porque la oralidad es un sistema actualmente aceptado en la mayoría de países y la segunda porque la oralidad le permite al juez tener un verdadero contacto con la realidad sometida a su conocimiento, con lo cual se hace efectiva la intermediación; pero además garantiza la publicidad, exigencia y aspiración de todo Estado de Derecho.

La vigencia de este sistema no quiere decir que todo el procedimiento sea oral, estamos más bien ante un procedimiento mixto que tiene importantes etapas escritas, como la de proposición;¹⁸ pero la característica fundamental es la existencia de audiencias en donde el juez *viene a encontrarse en inmediato contacto directo*¹⁹ con las partes y sus abogados y con los testigos.

En efecto, la piedra angular del proceso oral son las audiencias; en el esquema del juicio ordinario o de conocimiento se realizan dos audiencias, la audiencia preliminar, la más importante pues en ella se prepara el camino para llegar al fondo del asunto; y la audiencia de prueba o complementaria.

La audiencia preliminar constituye la etapa medular del proceso oral. En ella deben estar presentes las partes; si el actor no comparece se entenderá como desistimiento de su pretensión, y si el demandado no comparece, el juez podrá dictar sentencia dando por ciertos los hechos del actor y respecto de los cuales no haya prueba en contrario. Por otro lado, si el juez no participa se produce la nulidad del acto. La presencia del juez o tribunal en las audiencias se convierte

en solemnidad sustancial no subsanable. Todo lo cual es comprensible a la luz de los principios analizados previamente; el sistema de la oralidad privilegia la inmediación, por lo que las consecuencias para quienes no colaboren con este sistema son considerables.

En la audiencia preliminar se cumplen cuatro tareas fundamentales:

1. Intentar la conciliación.
2. Lograr el saneamiento del proceso resolviendo sobre las excepciones previas y evitando eventuales nulidades. El juez debe procurar resolver todas las cuestiones que impidan la decisión de mérito.
3. Fijar el objeto del proceso solamente a las cuestiones controvertidas.
4. Fijar el objeto de prueba y hacer un programa probatorio.

Moralización del proceso

Un sistema oral conlleva, como se ha visto, un proceso por audiencias, para cuya efectividad requiere que se eviten las sorpresas y consecuentemente que las partes acudan con lealtad al proceso y en particular requiere la introducción de un deber de verdad; esto es, el deber de la parte (y de su defensor), de no alegar hechos que sepan que son falsos, y de no negar hechos (alegados por el adversario) que sepan son verdaderos.

Conclusión

El cambio del sistema no será fácil. No ha sido fácil en los países que lo han acogido. Sin duda vendrán críticas y objeciones. Hay temores sobre las falencias humanas de los actores del sistema procesal: abogados, jueces y funcionarios judiciales, profesores; sin embargo, como decía Ortega y Gasset, sólo piensa de verdad quien ante un problema en vez de mirar únicamente por derecha hacia lo que el hábito, la tradición, el tópico y la inercia mental harían presumir, se mantiene alerta, pronto a aceptar que la solución brinque del punto menos previsible en la gran rotundidad del horizontes.²⁰

Notas

1. Véscovi, Enrique, *La participación de la sociedad civil en el proceso. La defensa del interés colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1/2000, Quito, pág. 23.
2. Conferencia dictada por Enrique Véscovi y recogida en la publicación de la Corte Suprema de Justicia Memorias de las VIIIas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Quito, Tomo I, pág. 194 y 195.
3. Conferencia dictada por Adolfo Gelsi Bidart, recogida en la publicación de la Corte Suprema de Justicia Memorias de las VIIIas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo I, Quito, pág. 199.
4. Berinzone, Roberto Omar, *Armonización progresiva de los sistemas de justicia en América Latina*, Revista Roma e América. Diritto Romano Comune, 9/2000, pág. 330.
5. Tomado del documento *Gestión Judicial y Reforma de la administración de justicia en América Latina*, de Carlos G. Gregorio, publicado en la página de internet www.iadb.org/sds/doc/sgc-Doc13-S.pdf
6. Memorias de las VIII. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, publicación de la Corte Suprema de Justicia, Tomo I, Quito, pág. 15.
7. Conferencia dictada por Juan Isaac Lovato y recogida en la publicación de la Corte Suprema de Justicia Memorias de las VIII. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo II, pág. 298 a 300.
8. Conferencia dictada por Juan Isaac Lovato, Op. Cit., pág. 302.
9. Conferencia dictada por Juan Falconí Puig y recogida en la publicación de la Corte Suprema de Justicia *Memorias de las VIII. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Quito, pág. 325 a 334.
10. Conferencia dictada por Enrique Véscovi, Op. Cit., Tomo I, pág. 193.
11. Hay autores que se refieren a esta tendencia como humanización o también democratización o publicización del proceso, creemos que todas ellas se refieren a un mismo punto.
12. Conferencia dictada por Adolfo Gelsi Bidart, y recogida en la publicación de la Corte Suprema de Justicia *Memorias de las VIII. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Quito, Tomo I, pág. 201
13. Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el Derecho Comparado, las grandes tendencias evolutivas*, Ed. Ejea, Buenos Aires, pág. 44.

Notas

14. Al respecto Mauro Cappelletti afirma *No se puede definir como inquisitorio un sistema sólo por el hecho de que los amplios poderes de dirección y control del proceso correspondan al órgano judicial*. Op. Cit., pág. 64.
15. Cappelletti, Op. Cit., pág. 70.
16. Cappelletti se refiere a esta actividad como *función supletoria o auxiliar* y al respecto dice: *el juez no es sólo un árbitro que vigila la observancia de las reglas del juego, sino que es un sujeto que puede y debe intervenir activamente a fin de evitar que una parte pierda la litis a causa de su escasa habilidad, y no en virtud de su falta de razones válidas*, Op. Cit., pág. 72. El autor colombiano Hernando Devis Echandía se pronuncia en igual sentido: *Tutela entonces a las partes menos fuertes, es decir a las pobres, que disponen generalmente de abogados menos expertos y además menos estimulados por buenos honorarios, para que no dejen pasar pruebas importantes; y, al llenar el juez esos vacíos, no porque se quiera que únicamente se tutele a los pobres, sino porque en busca de la verdad y en busca de la justicia, al respecto, con la verdad, generalmente los beneficiados son los pobres, por esos motivos*. Conferencia dictada por Hernando Devis Echandía y recogida en la publicación de la Corte Suprema de Justicia *Memorias de las VIII. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Quito, Tomo I, pág. 212.
17. Cappelletti, Op. Cit., pág. 49 a 52.
18. La etapa de proposición está integrada por la demanda, la misma que debe ser precisa, además de contener toda la prueba documental, pero también la anticipación de toda la prueba que corresponda para probar su pedido o pretensión. La contestación debe realizarse de igual manera, con toda la prueba y por el principio de eventualidad.
19. Cappelletti, Op. Cit., pág. 55.
20. Cazador. *El hombre alerta*, en *Obras Completas*, Revista de Occidente, 6ª. Edición, 1964, pág. 490-491.

El Paradigma de la Nueva Ecología y el Paradigma de la Nueva Esquela

El paradigma nuevo que el término "científico" se refiere al sistema de normas que se adopta para el desarrollo de la actividad científica. Este término se refiere a la actividad científica y no a la actividad humana en general. El paradigma científico es un sistema de normas que se adopta para el desarrollo de la actividad científica. Este término se refiere a la actividad científica y no a la actividad humana en general. El paradigma científico es un sistema de normas que se adopta para el desarrollo de la actividad científica. Este término se refiere a la actividad científica y no a la actividad humana en general.

La ecología humana moderna por primera vez en 1870 por Ernst Haeckel y definió a la ecología como la ciencia que estudia la interacción entre los organismos y su entorno. La ecología humana moderna se refiere a la interacción entre el ser humano y su entorno. La ecología humana moderna se refiere a la interacción entre el ser humano y su entorno. La ecología humana moderna se refiere a la interacción entre el ser humano y su entorno.

Perspectivas futuras del derecho ambiental

Ricardo Crespo Plaza

Introducción

La intención de este trabajo es dejar sentados ciertos cuestionamientos y paradigmas que rigen la relación entre la humanidad y la naturaleza, proponer una solución jurídica al problema a través de la figura del *patrimonio común de la humanidad* sin dejar de hacer una crítica al modelo de desarrollo imperante, causa y efecto de la crisis ambiental y de la debilidad del derecho para enfrentar la crisis. Finalmente se hace un esfuerzo por mencionar los avances y las perspectivas del derecho ambiental.

Antes de intentar hacer una proyección o mas bien especular sobre el futuro del derecho ambiental, es válido tratar de visualizar el conflicto en que se sitúa la ciencia de la ecología frente a la ciencia del derecho.

La ecología, palabra utilizada por primera vez en 1866 por Ernst Haeckel y definida como *la ciencia de las relaciones de los organismos con el mundo exterior*¹ significa en su raíz griega oikos: casa y logos: ciencia. La ecología se refiere al cuidado de nuestro hogar único e insustituible: la Tierra. La ciencia de la ecología debe estudiar los fenómenos naturales que hacen posible la vida en este planeta, debe también enfrentar dos realidades esenciales: la idea de *la globalidad y la idea de la procesualidad*,² dos características esenciales de todos los fenómenos vitales del planeta. La globalidad se relaciona con el concepto de biosfera y la procesualidad tiene que ver con el fenómeno de los procesos, de los ciclos vitales y del permanente intercambio de elementos materiales y energéticos entre los suelos, los océanos y la atmósfera que a su vez se apoyan en una constante equilibrio homeostático.³ Esta idea de la procesualidad de los sistemas naturales la encontramos en la Convención sobre Diversidad Biológica que define a la biodiversidad como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente.⁴

Todo este sistema de vida que estudia la ecología funciona mediante unos engranajes de reversibilidad y equilibrio que sostienen esa homeostasis del planeta resultado de procesos de evolución que tienen millones de años y que nos obliga a entender los procesos en edades geológicas. Este equilibrio debido a las actividades humanas está siendo afectado al punto que la capacidad de regeneración de la naturaleza o su reversibilidad corre el riesgo de volverse irreversible lo que podría poner en peligro la vida. Frente a este entramado de elementos, actualmente la ecología paradójicamente no es una ciencia de certezas pues como señala Ost,⁵ por lo tanto el problema ecológico esta sujeto a constantes revisiones y se enfrenta con incertidumbres científicas que impiden determinar con precisión cuando estaríamos cruzando el umbral que llevaría al planeta hacia proce-

sos irreversibles y catastróficos en los caso por ejemplo del cambio climático y la pérdida de la biodiversidad. Frente a la incertidumbre científica el principio de precaución ha adquirido valor legal al haber sido incorporado en convenios internacionales ambientales como el de Biodiversidad y el de Cambio Climático además de haber sido elevado en algunos países a rango constitucional como en el caso de Ecuador.⁶

Siguiendo a Ost diríamos entonces *globalidad, procesualidad, complejidad, irreversibilidad, incertidumbre... ¿Como puede el derecho apropiarse de todos estos rasgos de la ecología?*⁷ El derecho está llamado a precautelar y garantizar que estos procesos naturales sean respetados en función de un enfoque antropocéntrico u holístico, orientaciones que más adelante las analizaremos desde la óptica filosófica y jurídica. Pero el derecho para normar lo prohibido y lo permitido, establecer responsabilidades, fijar límites y plazos se vale de certezas, busca lo tangible, procura señalar claridades y tiempos y espacios manejables, lo cual entra en conflicto con la ecología que habla de globalidades, como la biosfera y los ecosistemas, de ciclos naturales en tiempos geológicos que se contraponen con visiones humanas de corto plazo e incertidumbres científicas que no permiten posiciones tangibles y concluyentes.

Debemos entonces preguntarnos si el derecho puede normar con eficacia situaciones tan imprevisibles, complejas y globales como los problemas ecológicos. Creemos que si pero sin duda que para su eficacia aún falta camino por recorrer, para esto debemos replantearnos nuestra relación con la naturaleza distinguiendo que nos separa y que nos une a esta, es decir según Ost resolver la crisis del vínculo y del límite frente a la naturaleza.⁸

El Paradigma del Vaquero y el Paradigma de la Nave Espacial

Es paradójico pensar que el derecho ambiental siendo un sistema de normas que se ocupa de lograr el desarrollo sustentable y por ende defender la vida de todos los seres vivos, un derecho novedoso, que evoluciona en sus principios todo los días, considerado además como un derecho humano de tercera generación comprometido con las causas mas justas de la humanidad, un derecho cuya concepción holística desde la Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas hasta las propuestas teóricas de Stutzin y Stone que consideran a la naturaleza como sujeto de derechos y no como objeto desprotegido para culminar con la propuesta científica de la Hipótesis Gaia de James Lovelock, es el que menos se cumple, el que presenta complicadas barreras para el acceso a la justicia, el que va contra corriente, como di-

ría Ojeda.⁹ Parte de esta debilidad del derecho ambiental esta en la manera como nos relacionamos con la naturaleza, básicamente fundamentada en el paradigma del vaquero que analizamos más adelante.

Los avances de la técnica y los viajes espaciales nos permiten visualizar al planeta tierra flotando en el espacio, para muchos esta experiencia conmueve pues impresiona ver este bello planeta azul en constante y frágil equilibrio, inmediatamente vienen a nuestra mente los misterios de la fuerza de gravedad del Big Bang, del universo en expansión, de la física cuántica, de la hipótesis Gaia, y así podríamos enumerar otros tantos fenómenos y teorías que explican este gran milagro de la vida y que nos comprometen moralmente a velar por la permanencia de la vida y del planeta, pues hasta el momento sabemos que esta nave espacial Tierra biofísicamente limitada es la única en la que podemos vivir en medio de la infinidad del espacio. Desde esta perspectiva se deduce el tránsito del paradigma del vaquero hacia el paradigma de la nave espacial. El primer paradigma se sitúa antes de la revolución industrial en el que la tierra es una gran llanura con recursos aparentemente ilimitados, pues solo unos pocos millones de habitantes viven en un planeta enorme cuyos sistemas naturales de regeneración y reciclaje funcionan a la perfección. Este símil fue formulado por Kennet Boulding en 1968 al criticar el actual modelo de desarrollo. *El vaquero vive en los llanos interminables. Toma lo que quiere de la naturaleza donde quiera que lo encuentre. Los llanos son vastos y sus recursos parecen ser inagotables. Deja caer por el camino cualquier desperdicio o pertenencia que ya no sirve a sus necesidades, para que las fuerzas de la naturaleza se lo lleven...el desempeño esta medido en términos del valor de mercado de los productos elaborados de los recursos. Cuanto mas rápido los recursos sean extraídos de la tierra, procesados y desechados, mas próspera se considera la gente.*¹⁰

El paradigma de la nave espacial tiene un enfoque completamente contrario, la nave espacial Tierra flota en el espacio bajo el soporte de la energía solar, tiene una tripulación humana que depende de unos recursos limitados que deben ser manejados de manera que éstos permanezcan en el tiempo aplicando políticas de cooperación y solidaridad entre sus ocupantes. *Esta realidad dicta los principios básicos de la economía de la nave espacial. Un aumento en el bienestar de los miembros de la nave necesariamente depende de que se vuelvan mas eficaces y efectivos en el uso sostenible y el reciclaje de los recursos existentes, primero para satisfacer sus necesidades, y luego- al grado que existen excedentes- sus deseos. El desechar cualquier recurso, y por ello perderlo para siempre es, para los habitantes de la nave, un indicio de una falla seria en el sistema. La meta es extender la vida de los productos, mas bien que aumentar la velocidad en desecharlos.*¹¹

Siempre hemos estado viviendo en una nave espacial y no en un llano interminable¹² pero ahora los sistemas naturales empiezan a desestabilizarse, hay demasiadas personas, la tecnología no respeta los procesos sistémicos de regeneración natural, estamos destruyendo la biodiversidad y los sistemas climáticos que hacen posible la permanencia de la nave espacial-Tierra. El desafío del derecho es hacer posible un sistema normativo que permita la aplicación del paradigma de la nave espacial-Tierra, en principio se ha ade-

lantado en el papel, se habla de un derecho ambiental gaseoso, débil, inaplicable, blando. Una nueva ética es necesaria junto con el apoyo político para que este derecho ambiental sea eficaz.

Nacimiento de un derecho al medio ambiente

La ciencia del derecho, es decir aquella que se dedica al estudio de la norma jurídica como herramienta que hace posible la armonía social, ha tenido que abrir las puertas para una relativamente nueva rama como es el derecho ambiental. Éste se inicia solamente a partir de los años sesenta en que la sociedad norteamericana crea la plataforma social desde la reivindicación por los derechos humanos, el pacifismo como protesta frente a la guerra de Vietnam, la vuelta a la naturaleza desde una cierta perspectiva del movimiento hippy y el reconocimiento de que los problemas ambientales empezaban a afectar la calidad de vida a raíz de acontecimientos como el del Trail Smelter o el del Love Canal y derrames de petróleo como el del Exxon Valdez y otros. Gracias a la sociedad civil norteamericana el derecho ambiental empezó a tomar forma jurídico-política y es así que en 1967 se expide la NEPA o National Environmental Policy Act. en sus siglas en inglés, reconocida como la Carta Magna del derecho ambiental norteamericano.

Pero la antesala de esta nueva rama del derecho debemos ubicarla hacia atrás en la historia de la humanidad, los babilonios,¹³ griegos y romanos expidieron leyes para regular la caza y cuidar los bosques, la revolución industrial en el siglo 19 alertó a la humanidad de los peligros de la contaminación ambiental y filósofos y naturalistas en los siglos 18 y 19 como Darwin, Ralph Waldo Emerson y Henry David Thoreau entre otros, nos hablaron de nuestra evidente conexión con la naturaleza. La propuesta jurídica y política para defender el medio ambiente mediante el derecho se articula a partir de 1972 en que los países del mundo asumen una posición común frente al deterioro de la naturaleza y declaran con entereza el reconocimiento de que las actividades humanas son las principales causantes del desequilibrio ambiental, celebrándose bajo los auspicios de las Naciones Unidas la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano.

La Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano emitió la Declaración de Estocolmo, que en los párrafos 6 y 7 del preámbulo señala lo siguiente:

Hemos llegado a un momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre. Las perspectivas de elevar la calidad del medio y de crear una vida satisfactoria son grandes. Lo que se necesita es entusiasmo, pero, a la vez, serenidad de ánimo; trabajo afanoso, pero sistemático. Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar, en armonía con ella,

un medio mejor. La defensa y mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en toso el mundo, y de conformidad con ellas.

Para llegar a esa meta será menester que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en la labor común. Hombres de toda condición y organizaciones de diferente índole plasmarán, con la aportación de sus propios valores y la suma de sus actividades, el medio ambiente del futuro. Corresponderá a las administraciones locales y nacionales, dentro de sus respectivas jurisdicciones, la mayor parte de la carga en cuanto al

establecimiento de normas y la aplicación de medidas en gran escala sobre el medio. También se requiere la cooperación internacional con objeto de allegar recursos que ayuden a los países en desarrollo a cumplir su cometido en esta esfera. Y hay un número cada vez mayor de problemas relativos al medio que, por ser de alcance regional o mundial o por repercutir en el ámbito internacional común, requerirán una amplia colaboración entre las naciones y la adopción de medidas por las organizaciones internacionales en interés de todos.

La Conferencia encarece a los gobiernos y a los pueblos que aúnen esfuerzos para preservar y mejorar el medio humano en beneficio del hombre y de su posteridad.

Podríamos establecer cinco elementos claves de esta parte del preámbulo de la Declaración de Estocolmo: el reconocimiento de que la actividad humana esta afectando al equilibrio ecológico, la noción de la equidad intrageneracional e intergeneracional, la necesidad de administrar el ambiente mediante la creación de normas, la cooperación internacional para enfrentar el problema y la internacionalización de los problemas ambientales.

Desde esta perspectiva la Declaración de Estocolmo constituye un hito o el punto de partida de nuevos esquemas de política ambiental a nivel nacional e internacional. Se empieza a hablar del concepto de desarrollo sustentable elaborado más ampliamente en 1987 mediante el Informe Brundland; se reconoce la importancia del derecho ambiental como herramienta de gestión y se asume la globalización del problema ambiental cuya solución esta condicionada a la cooperación internacional. De esta manera se sintetizan los grandes objetivos del derecho ambiental principalmente vinculados con el logro del desarrollo sustentable pero que enfrentan desde Estocolmo un panorama jurídico matizado por una serie de elementos positivos y negativos como veremos mas adelante.

Una aproximación a la definición del derecho ambiental

El derecho ambiental se lo puede definir como *el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos*.¹⁴

El Derecho Ambiental ha alcanzado plena autonomía pero éste, según el tratadista Ramón Martín Mateo,¹⁵ no se agota en ninguna rama concreta del derecho.

Otra opinión del mismo tratadista es que el Derecho Ambiental sigue siendo esencialmente público, pues aunque la corriente modernizadora se oriente cada vez más a la liberalización y a la privatización, esta tendencia no alcanza al Derecho Ambiental por la sencilla razón de que si la sociedad espontáneamente se hubiera comportado de forma ambientalmente correcta, no habría sido necesario que el legislador ordenase a la Administración empuñar el garrote.¹⁶

Una opinión contraria a la característica esencialmente pública del Derecho ambiental es la propuesta por la doctora. Eulalia Moreno Trujillo en su obra *La Protección Jurídica*

Orígenes del Derecho Ambiental

El derecho ambiental es antiguo como la humanidad, porque la verdad es que la norma jurídica ambiental hizo su aparición en las comunidades primitivas, donde por lo demás ocupó un lugar principal. En efecto, dentro de ellas había una idea muy clara sobre las relaciones de mutua dependencia que existen entre el hombre y la naturaleza, como lo ponen de manifiesto muchos testimonios. Sin embargo, el progresivo dominio del hombre sobre la naturaleza hizo caer en el olvido uno de los extremos de esa relación, como ocurre con frecuencia en las situaciones de dominación determinando que la regla de derecho ambiental fuera perdiendo importancia e, incluso, que en muchos casos desapareciera. En pocas palabras los seres humanos comenzaron a olvidar el apotegma de Francis Bacon: La naturaleza, para ser dominada, debe ser obedecida.

Fuente: Raúl Brañes, Manual de Derecho Ambiental Mejicano. Fundación Mejicana para la Educación Ambiental, 1994. pág. 36.

El Derecho Ambiental es un derecho nuevo

El hecho es que la metafóricamente llamada *venganza de la naturaleza*, (Federico Engels señaló *no debemos, sin embargo, lisonjearnos demasiado de nuestras victorias humanas sobre la naturaleza. Esta se venga de nosotros por cada una de las derrotas que le inferimos*) ha colocado al hombre moderno en la ineludible necesidad de establecer un sistema de protección jurídica de las condiciones que hacen posible la vida, sistema cuya complejidad corre a pareja con la complejidad que asume la relación sociedad-naturaleza, hasta donde ella es conocida hoy en día. Por eso es que se dice que el derecho ambiental es un derecho nuevo, que se encuentra en una etapa de construcción, aunque lo cierto es que sus raíces son antiguas y, muchas veces, le son útiles, como útil es al científico moderno el conocimiento empírico del hombre de antaño.

Fuente: Raúl Brañes, Manual de Derecho Ambiental Mejicano. Fundación Mejicana para la Educación Ambiental, 1994. pág. 36.

ca-Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro,¹⁷ según ella, el derecho civil contiene suficientes instituciones que se orientan hacia la conservación del medio ambiente, y es a través de la aplicación de sus normas que la sociedad civil debería actuar; la doctora. Moreno Trujillo como bien señala en su obra se refiere a instituciones útiles y eficaces del derecho civil para la protección del medio ambiente, por ejemplo todas aquellas normas que se refieren a las relaciones de vecindad, abuso del derecho y función social de la propiedad, así como la responsabilidad civil extracontractual.

La tutela o protección jurídica del medio ambiente ha modificado algunas características típicas del derecho, por ejemplo el derecho ambiental tiene un énfasis preventivo que se aleja cada vez de la orientación reparadora, por otro lado se han creado principios como el contaminador-pagador, la sustitución del interés subjetivo, del patrimonio individual, del derecho subjetivo, por el reconocimiento del interés colectivo y los patrimonios comunes, *la opción por el riesgo y no por el daño dando lugar a la emergencia de la responsabilidad objetiva que ha hecho tambalearse al mundo del seguro, la globalidad en suma de sus postulados.*¹⁸

Otra característica de la esencia del derecho ambiental es su implicación internacional, pues se abordan problemas que afectan a la biosfera, como el efecto invernadero, la debilitación de la capa de ozono, la contaminación de los mares y la pérdida de la biodiversidad; todos constituyen la base de la supervivencia de la especie humana. También el derecho ambiental se caracteriza por la búsqueda de soluciones solidarias en la resolución de conflictos como en el caso de la aproximación que debe existir entre los países desarrollados y los países en desarrollo para canalizar recursos orientados hacia fines que interesan a todos. Todos los elementos mencionados configuran el concepto del desarrollo sustentable, mensaje fundamental de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo llevada a cabo en Río de Janeiro, Brasil en junio de 1992.

Fuentes del Derecho Ambiental

Las fuentes del Derecho Ambiental tienen un carácter difuso, están dispersas en toda la legislación, pero por orden de jerarquía es la Constitución Política la primera fuente del Derecho Ambiental.¹⁹ La segunda fuente, según el tratadista Raúl Brañes²⁰ está constituida por *la legislación propiamente ambiental, es decir por aquella que se refiere al conjunto de problemas ambientales*, según el mismo tratadista este tipo de legislación no es muy común en América Latina aunque es clara su tendencia a establecerla (Colombia y Venezuela son los primeros casos, seguidos más tarde por Cuba, Brasil y otros países), es más común encontrar una fuente específica de Derecho Ambiental en la legislación sectorial en nuestro caso constituida por las leyes que se refieren a los recursos naturales renovables y no renovables y al saneamiento ambiental (Ley Forestal, Ley de Aguas, Ley de Régimen Municipal, Código de la Salud, Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental).

Como tercera fuente del Derecho Ambiental, Brañes señala a la legislación que regula otros temas y que a diferencia de la legislación sobre recursos naturales renovables, no tienen un sentido protector del ambiente, aquí estarían in-

cluidos los Códigos Penales, los Códigos de Procedimiento, el Código Civil. Se agregan a estas fuentes toda la legislación que trata el aspecto económico en sentido amplio, las disposiciones de la administración pública que se refieren a la conservación ambiental.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el derecho no ambiental, el derecho internacional es una fuente de gran relevancia para el derecho ambiental a pesar de su carácter de derecho blando²¹ o soft law como se lo denomina en el derecho anglosajón. Las siguientes declaraciones de las principales conferencias internacionales son base fundamental del actual Derecho Ambiental:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU promulgada el 10 de diciembre de 1948;
2. La Conferencia Internacional de la Biosfera (Paris 1968);
3. La reunión de la Organización de las Naciones Unidas que en 1972 celebró en Estocolmo la Conferencia sobre el Medio Humano, en la que se adoptó el derecho a gozar de un ambiente sano así como el uso del concepto de Ecodesarrollo. Se destaca en esta Conferencia la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Declaración sobre el Medio Humano.
4. La Estrategia Mundial para la Conservación adoptada en 1980 como una Declaración de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, que enriqueció el marco teórico de la conservación con los conceptos de desarrollo sostenible o sustentable y de participación social;
5. La Carta de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 37-7 de 28 de octubre de 1982. Es un documento complementario a la Declaración de Estocolmo;
6. El Informe Brundland adoptado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo creada por las Naciones Unidas en 1983. Los resultados y las propuestas de esta Comisión se reflejaron en el Informe denominado Nuestro Futuro Común de marzo de 1987. Este informe reconoció el derecho humano fundamental al medio ambiente.²²
7. El Acta de Caracas de 18 de mayo de 1991 emitida por el Acuerdo de Cartagena que en el capítulo No. 8 reafirma que la dimensión ambiental es parte integral de los procesos de desarrollo...
8. La Reunión de Río de Janeiro, Brasil realizada en Junio de 1992 en la que se perfila la necesidad de un nuevo orden internacional en el campo ambiental y de una amplia participación de la sociedad civil.

El desarrollo sustentable como una crítica al modelo imperante

Una cuestión central al Derecho Ambiental es el desarrollo sustentable, podríamos decir que entre los objetivos del Derecho Ambiental está el logro de la planificación ambiental en el uso de los ecosistemas y de sus recursos naturales para alcanzar el desarrollo sustentable. En el Perú la ley ambiental nacional se denomina Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y la ley boliviana sobre medio ambiente regula el aspecto del uso sustentable de los re-

cursos naturales en gran parte de sus artículos.²³

Según Pérez, varios aspectos del Convenio de Diversidad Biológica suscrito por Ecuador en 1992 y ratificado en 1993, deben considerarse como parte integrante del derecho ambiental, estos son:²⁴

- Consideración de la diversidad biológica en la formulación de las políticas de desarrollo.
- Formulación de políticas sobre diversidad biológica
- Conservación y uso de la diversidad biológica
- Reparto equitativo de los beneficios del uso de la diversidad biológica

Sustentabilidad significa resistencia, continuación, supervivencia, capacidad de carga, mantenimiento y soporte. El desarrollo sustentable se lo debe entender como la necesidad de mantener la capacidad de carga del planeta, es un concepto que se relaciona con el rol de la humanidad en el uso de los sistemas naturales de la Tierra y de sus recursos.²⁵ Es principalmente la actividad humana la que está afectando el balance de los sistemas naturales;²⁶ por lo tanto entre los principales intereses de la humanidad están el mantenimiento, preservación y restauración de todas las formas de vida pero para lograr este objetivo es necesario mantener la sustentabilidad natural del planeta. La biodiversidad con todas sus complejas interrelaciones constituye uno de los factores que inciden en la capacidad del planeta para mantener los sistemas naturales en niveles óptimos y conservar tanto su capacidad de producción de servicios y recursos naturales como la habilidad natural de absorción de subproductos y desechos, de tal manera que se pueda lograr el equilibrio necesario. El desarrollo sustentable lleva implícito entonces la protección, conservación y uso racional de la diversidad biológica.

Históricamente podemos encontrar referencias al concepto de sustentabilidad en autores del siglo XIX como los economistas John Stuart Mill y Malthus que explicaron que la naturaleza necesita ser defendida ante el crecimiento ilimitado si queremos preservar el bienestar humano antes de que aparezcan limitaciones a su sustentabilidad natural (Goodland 1995). Malthus enfocó el concepto de sustentabilidad argumentando que el crecimiento exponencial de la población pondrá en riesgo la limitada capacidad de carga del planeta. Según Goodland, el actual desarrollo económico se aparta claramente de las señales dadas por Stuart Mill y Malthus y por el contrario está siguiendo las propuestas del economista David Ricardo que creía que el progreso científico de la humanidad impedirá que el crecimiento poblacional agote el capital natural del planeta.

Una cuestión central en la discusión del desarrollo sustentable es el cómo debemos entender el concepto de desarrollo. Son pilares fundamentales de esta discusión publicaciones como las del Club de Roma sobre los *Límites del Crecimiento* en 1972; la publicación de la revista británica *The Ecologist; A Blueprint of Survival* (1972); el libro *Una sola Tierra* publicado por Barbara Ward y Rene Dubo en 1972 y la publicación *Más allá de los Límites* publicada por Meadows en 1992. Todas estas publicaciones explican que el actual esquema de desarrollo es insostenible en relación con el limitado capital natural del planeta. Hasta que no modifiquemos nuestro comportamiento en el uso de las fuentes de producción natural y de las capacidades de absorción del planeta, toda forma de vida y por lo tanto la diversidad bio-

lógica en general se encuentra en riesgo. La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) ahora llamada la Unión Mundial para la Conservación en la publicación *Nuestro Futuro Común* que contiene el reconocido *Informe Brundtland*, define el desarrollo sustentable como *aquel desarrollo que asume las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades*.

Las Naciones Unidas han discutido seriamente el tema del desarrollo sustentable, la *Estrategia Mundial para la Conservación* de 1980 condujo a la celebración, en Río de Janeiro, Brasil de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992, veinte años antes ya se habían reunido los países del mundo en Estocolmo para reflexionar y discutir la relación de los seres humanos frente a la naturaleza, lo que dio lugar a la *Declaración sobre el Medio Humano*.²⁷

Durante la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 en Río de Janeiro, a pesar la falta de consenso entre los países desarrollados y los en vías de desarrollo para lograr el desarrollo sustentable a través de una equitativa transferencia de tecnología y apoyo financiero, se lograron algunos acuerdos importantes como la suscripción del Convenio sobre Diversidad Biológica y del Convenio Marco sobre Cambio Climático. Como importantes instrumentos declarativos constan también la Declaración de Río y la Agenda 21, que establecieron las directrices programáticas para alcanzar el desarrollo sustentable.

Como hemos dicho, para analizar el concepto de desarrollo sustentable se debe reflexionar respecto a lo que entendemos por desarrollo. La economía tradicional vincula este concepto con el de crecimiento, según Goodland *las propuestas de David Ricardo todavía dominan la economía tradicional*.

El actual esquema de desarrollo es insostenible y equivocado porque está normalmente vinculado al concepto de crecimiento. El desarrollo en su significado real debe estar relacionado con conceptos de calidad, al contrario de la noción de crecimiento relacionada con criterios de cantidad. Si consideramos el hecho de que los sistemas naturales de la Tierra, de los cuales depende toda forma de vida, son limitados, entonces debemos adaptarnos a un modelo de desarrollo que no implique crecimiento ilimitado. Debemos reconocer que el planeta está compuesto por fuentes naturales de producción de recursos y por sistemas de absorción de residuos y desechos. Lo que usamos como un recurso renovable o no renovable produce desechos que solo pueden ser asimilados por la limitada capacidad de carga del planeta. El equilibrio entre las fuentes de producción y las funciones de absorción de la naturaleza se lo entiende como sustentabilidad ambiental. El desarrollo sustentable entonces es un medio para alcanzar la sustentabilidad ambiental. Según Goodland, la sustentabilidad ambiental es un conjunto de regulaciones sobre cuatro actividades del subsistema económico humano: la contaminación y la asimilación de desechos desde el aspecto de la capacidad de absorción de la naturaleza, por una parte, y por otra, el uso de recursos renovables y no renovables desde el punto de vista de la capacidad de producción de la naturaleza. Este criterio sugiere que la sustentabilidad ambiental es un objetivo en sí mismo pues es la única manera de supervivencia que tenemos en un planeta gobernado por leyes biofísicas fijas. La

sustentabilidad ambiental entonces, no puede ser administrada o transformada por las ciencias sociales como la economía, pues esta última debe respetar estrictamente las leyes físicas del planeta; la humanidad todavía requiere entender que es imposible cambiar con las ciencias sociales lo que está fijado por las ciencias de la física.

El Informe Brundlant sobre desarrollo sustentable establece básicamente que un enfoque intrageneracional e intergeneracional de la sustentabilidad o en otras palabras una visión a largo plazo es el que debería conducir al desarrollo sustentable. Sin embargo, el Informe Brundlant en su definición es ambiguo porque no logra definir que las necesidades de las generaciones presentes y futuras para que sean sustentables deben respetar los límites biofísicos del planeta. Una definición más clara está dada por la publicación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente llamada *Caring for the Earth de 1991, que menciona que el desarrollo sustentable es mejorar la calidad de vida respetando la capacidad de carga de los ecosistemas* (Jacobs 1996).

La definición de Goodland sobre desarrollo sustentable es similar a la anterior, esto es *desarrollo pero sin crecimiento que vaya más allá de la capacidad de carga ambiental*.

Podemos ahora reconocer que se pueden aplicar acciones para lograr la sustentabilidad; un ejemplo de esto está dado por el Protocolo de Montreal que regula y limita la producción de cloro fluoro carbonos que agotan la capa de ozono. Las lecciones del Protocolo de Montreal nos indican que es el momento de cambiar nuestros patrones de consumo que están afectando a los ecosistemas del planeta; sin embargo, el Protocolo de Montreal es todavía un caso aislado frente a la gran cantidad de problemas ambientales.

Como se ha dicho, un obstáculo para el logro del desarrollo sustentable es la idea imperante sobre el crecimiento económico entendido como más extracción de recursos y más producción de desechos, más cantidad y menos calidad, efectos todos que producen severos problemas ambientales y una menor calidad de vida.

Como resultado de este esquema de expansión y crecimiento que irrespeta los límites del capital natural los problemas de calentamiento global, crecimiento demográfico, contaminación ambiental, pérdida de la biodiversidad biológica, agotamiento de los ecosistemas marítimos, deforestación y pobreza entre otros, están aumentando. La pobreza es en sí causa y efecto de la degradación ambiental, 1.3 billones de personas, más de la quinta parte de la raza humana vive en pobreza absoluta. Los pobres dependen del medio ambiente para su subsistencia y los índices de fertilidad en las naciones más pobres siguen en aumento (Jacobs 1996).

El uso de combustibles fósiles está acelerando el calentamiento global, *las temperaturas medias globales pueden aumentar a un índice de alrededor de 0.3 grados centígrados por década, un índice de calentamiento global más acelerado que cualquier otro en los últimos 10 mil años* (Jacobs 1996). Las especies marinas y terrestres se están extinguiendo en índices nunca antes experimentados. Veinte y seis países en los que viven 230 millones de personas están categorizados como escasos de agua (Jacobs 1996). Impactos similares ocurren con la deforestación, desertificación, la producción de agroquímicos, lluvia ácida, salinización y

crecimiento demográfico.

El objetivo fundamental del desarrollo debe ser la sustentabilidad ambiental, la misma que garantiza el bienestar humano protegiendo las fuentes de materia prima y garantizando que los sistemas de absorción de desechos no sean excedidos para evitar daños a los seres humanos (Goodland 1995) La economía debe reorientar el concepto de crecimiento de escala hacia criterios de distribución y eficiencia en el uso de los recursos naturales reconociendo las limitaciones del capital natural. La economía no ha asumido esta realidad pero los actuales problemas ambientales están demostrando que *la escala del subsistema económico humano está sobrepasando la capacidad de los ecosistemas que lo respalda*. (Goodland 1995).

La economía requiere además asignar valor a los elementos comunes como el aire, el agua y el suelo que ahora son considerados escasos e internalizar los costos ambientales.

La sustentabilidad ambiental debe conducirnos hacia la sustentabilidad social o lo que es lo mismo hacia el capital social que nos permitiría lograr una vida sustentable, esto es el respeto a los derechos humanos, la participación comunitaria, el empleo, el reconocimiento de los derechos de la mujer, el reconocimiento de los derechos indígenas, la transparencia y la democracia. La sustentabilidad social y económica no podrá ser alcanzada si la humanidad continúa evadiendo el problema al confundir las señales. La sustentabilidad está siendo gestionada sin enfrentar sus causas sino solamente mediante el tratamiento de sus síntomas. Éste podría ser el caso del sector comercial y de la Cámara Internacional de Comercio que todavía mantiene la creencia en las soluciones tecnológicas para alcanzar la sustentabilidad en lugar de lograr cambios substanciales sobre nuestros patrones de consumo.²⁸

En consecuencia un elemento crucial dentro del concepto de desarrollo sustentable es el cambio de los valores individuales. Según Meadows, los seres humanos están continuamente mitigando, realzando, manipulando y poniendo números y niveles a los límites físicos del planeta para entender cómo podemos vivir con ellos, pero *los seres humanos no pueden hacer que estos elementos desaparezcan completamente* (Meadows 1993). Las causas estructurales de la falta de sustentabilidad se encuentran en las personas que continúan viviendo una cultura de crecimiento exponencial (Meadows 1995). Estas causas estructurales son las normas sociales expectativas y prácticas que producen que las personas deseen más y que se vean así mismas principalmente como consumidores. Gran parte de la influencia sobre la conducta de las personas en este sentido está dada por el desarrollo industrial que ha estimulado la acumulación de capital, el individualismo y el poder. Según Finger y Kilcoyne debemos reconocer que la humanidad y su desarrollo industrial deben asumir los límites de crecimiento dentro de un contexto de restricción en lugar de expansión y que la sustentabilidad puede ser alcanzada involucrando a todos los actores como los gobiernos, el comercio, la industria, las universidades, las organizaciones no gubernamentales, la prensa y los varios niveles locales, regionales, nacionales y globales dentro de la noción de los límites biofísicos del planeta, para decirlo de otra manera un conocimiento ambiental social es necesario para cambiar nuestro actual esquema

de relaciones con el capital natural.

Por otro lado, para lograr el desarrollo sustentable debemos otorgar particular atención a la relación entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Es importante notar que las políticas de conservación en áreas rurales y urbanas de los países en desarrollo son difíciles de aplicar porque problemas como la provisión de alimentos, agua y empleo están en juego. Al contrario, en los países desarrollados las políticas de conservación afectan al modo de vida de relativamente pocas personas; por lo tanto, en los países en desarrollo, *es inútil apelar al altruismo y al idealismo en circunstancias en que las familias e individuos se ven forzados a actuar de manera egoísta en su lucha por sobrevivir.* (Redcliff 1994).

Para incorporar gradualmente a los pobres en el desarrollo sustentable se debe lograr un mejor enfoque participativo para la gestión ambiental a nivel local. Además es necesaria una mayor aproximación de las agencias financieras para apoyar el desarrollo sustentable que a su vez deben complementarse con enfoques de base otorgando poder local a las personas a través de la captación de conocimientos locales sobre sistemas agrícolas, investigaciones sobre agro ecología y sobre técnicas rurales de evaluación rápida.

El Protocolo de Montreal es un ejemplo de lo que se puede hacer a nivel internacional y la Agenda 21 constituye una propuesta de políticas útil para cambiar la manera en que es entendido el desarrollo. Sin embargo, considerando las desigualdades entre los países del norte y los países del sur, cualquier cambio que permita un modelo de desarrollo sustentable, en principio, debe iniciarse en los países industrializados, pues éstos ya han consumido cantidades substanciales de la capacidad ambiental de absorción. (Goodland 1995). Los países en desarrollo no pueden enfrentar cambios bruscos para dejar de usar los recursos naturales y su medio ambiente como fuente de ingresos, sin embargo éstos tienen la oportunidad de planificar a futuro para efectos de evitar las prácticas no sustentables de consumo de los países industrializados. El crecimiento demográfico y los índices de consumo de los recursos naturales tienen que ser alterados hacia niveles de sustentabilidad. Si pretendemos alcanzar el desarrollo sustentable debemos establecer un sistema regulador a nivel nacional e internacional para monitorear el cumplimiento del mismo. La economía debe evolucionar de la tradición Ricardiana para entender la realidad de la escasez del capital natural aplicando precios a los elementos naturales y valorando los costos de los impactos ambientales. Finalmente cualquier política de desarrollo sustentable va de la mano con una nueva aproximación cultural respecto a las relaciones sociales y nuestros comportamientos de consumo, *decirle a la gente cómo actuar solo por el bien de la sociedad no ha funcionado* (Heinen 1994), pero nosotros como humanos somos seres pensantes capaces de lograr cambios; las políticas locales deben entonces ser reforzadas para dar suficiente capacidad a las personas, a las organizaciones no gubernamentales y en general a la comunidad para alcanzar el desarrollo sustentable.

En conclusión, el desarrollo sustentable es una meta compleja de alcanzar, es un modo de vida que se basa en una suficiencia a largo plazo en lugar de una satisfacción de corto plazo. No hay duda que las leyes biofísicas del planeta son distintas de las ciencias sociales como la economía,

en consecuencia debemos aprender a vivir dentro de los límites de esta realidad. El Informe Brundtland abrió el camino para la discusión sobre el desarrollo sustentable y ahora nos estamos dando cuenta que no podemos crecer sólo en términos cuantitativos dentro de la sustentabilidad. (Goodland 1995). El concepto de crecimiento debe ser redefinido con criterios de eficiencia y calidad en cuatro áreas:²⁹

Área ecológica: que se ocupa de mantener los sistemas ecológicos en condiciones óptimas respecto a su capacidad de producción, regeneración, renovación, diversidad biológica, etc.

Área social: referente a la apertura en la igualdad de oportunidades, transparencia de la información, participación pública y comunitaria en la discusión de los problemas ambientales, igualdad de oportunidades, respeto a las culturas indígenas y locales y a la diversidad cultural, satisfacción de las necesidades básicas.

Área cultural: relacionada con el mantenimiento de las formas culturales de relación entre el hombre y el medio.

Área económica: que se relaciona con la habilidad de generar bienes y servicios bajo esquemas de sustentabilidad ambiental para satisfacer las necesidades básicas mediante la internalización de los costos ambientales bajo criterios de eficiencia y equidad.

La dispersión legal de la Legislación Ecuatoriana atenta contra la aplicación efectiva de las normas ambientales.

¿Negociar el derecho al medio ambiente?

Algunos dirán el derecho a un ambiente sano no es negociable porque se cae en el riesgo de sacrificar el interés de la naturaleza y de las generaciones futuras por intereses relativizados al poder económico de la empresa. Si por ejemplo se llega a mediar o a negociar un acuerdo relativo a la contaminación de un río por parte de varias industrias podría ser que el resultado final no haga verdadera justicia al medio ambiente porque los intereses en juego podrían ser estrictamente económicos y de corto plazo y por lo tanto contrarios a los intereses de la naturaleza que busca el desarrollo sustentable y la protección del largo plazo y de los intereses de las generaciones futuras. Ost señala que el derecho negociado al medio ambiente tiene ventajas y desventajas. Sería beneficioso *cuando se adopta la lógica de la colaboración responsable y el juego se transforma y genera un beneficio mutuo : se trata de una partida con resultado positivo, en las que las ganancias se suman en lugar de neutralizarse. ¿No le conviene a todo el mundo beneficiarse de un ambiente sano?*³⁰ Ost señala como ejemplo el caso de la Union Carbide tras la catástrofe de Bhopal; esta compañía para evitar costos procesales negoció con las víctimas indemnizaciones irrisorias; lo cual demostró la desigualdad de poderes en la negociación; el mismo autor hace también referencia al caso del incendio de los depósitos de la fábrica Sandoz de Basilea que en 1986 contaminó el Rin. En este caso las víctimas estuvieron bien organizadas y lograron una buena negociación. Para Ost la negociación en temas ambientales debería tomar el ejemplo de la negociación en derecho laboral *que tantos éxitos ha cosechado* para este autor bajo un marco normativo claro y unos procedimientos rigurosos, la negociación ambiental puede ser útil siempre y cuando *no se suprima la idea de conflicto y se tenga en*

cuenta el choque, actual o potencial, de intereses y valores, si se diluye el conflicto de intereses en una posición de fachada *todos somos amigos de la naturaleza*, las soluciones pueden basarse en la ley del más fuerte.³¹

La naturaleza como objeto o sujeto del derecho

El punto de partida para un análisis sobre las perspectivas futuras del derecho ambiental sería preguntarnos ¿Qué pretendemos hacer con la naturaleza mediante el derecho? La respuesta a esta pregunta tiene varios enfoques pero es evidente que uno de ellos es la orientación antropocéntrica que la hemos impuesto a nuestra relación con la naturaleza, pero como podría mirarse de otra manera, si el derecho no puede ser entendido sino solo desde el punto de vista del interés humano. Aquí está el reto, el derecho está llamado a revertir el enfoque antropocéntrico que no ha hecho justicia a la naturaleza y encontrar el *justo medio* en palabras de Ost. En efecto, desde la perspectiva antropocéntrica la naturaleza es considerada como objeto del derecho que regula un mundo creado a nuestra imagen, es decir un derecho que reduce a la naturaleza a los intereses de la especie humana, y aquí el problema, el derecho no puede crear reglas que no respondan a la complejidad de los sistemas que lo conforman, los procesos temporales de reversibilidad o regeneración de ecosistemas deben ser respetados; de otra manera estaríamos violando las leyes biofísicas sustentadoras de vida. Un ejemplo de la tendencia a la antropización de la naturaleza lo encontramos cuando en 1972 el Consejo Municipal de los Ángeles resolvió *plantar novecientos árboles de plástico en los principales bulevares de la ciudad*,³² a esto se podría agregar la creación de zoológicos cinco estrellas que marcan el tipo de relación que hemos establecido con la naturaleza, *el sustituto plastificado porque es más cómodo y menos caro y el paraíso ecológico para mantener el sueño de una edad de oro naturalista*.³³

Antes de la revolución industrial la antropización de la naturaleza se llevó a cabo a ritmos lentos que permitieron la regeneración de las especies y de los ecosistemas; a partir de la invención de la máquina aparece la verdadera amenaza cuando aparece el desequilibrio *entre el ritmo de evolución social y el ritmo de las transformaciones ecológicas*.³⁴ Según muchos autores parte de la explicación a mirar solamente los intereses de la humanidad y no los intereses de la naturaleza se encuentra en las religiones judía y cristiana que otorgaban al hombre el dominio supremo sobre todo el mundo natural. En el Génesis se señala *Y dijo Dios: creced, multiplicaos, llenad la tierra y sometedla; dominad los peces del mar, las aves del cielo y todos los animales que se mueven sobre la tierra*.³⁵ Pero esta visión reduccionista es luego rectificada por el propio Génesis que en el capítulo noveno establece el relato de la *Alianza de Dios* no solo con los hombres sino con la tierra misma, de donde deducimos que los poderes del hombre frente al mundo natural no son ilimitados sino que se enmarcan dentro de un mandato de administración prudente dentro del cual se debe rendir cuentas a su dueño. Sin embargo, *no se puede negar, que las tres grandes religiones (judaísmo, cristianismo e islam) han contribuido a una desacralización decisiva de la naturaleza*.³⁶

Ante la orientación antropocéntrica de la naturaleza como objeto del derecho no faltan esfuerzos por considerar a

la naturaleza como sujeto del derecho, y así es que juristas como Christopher Stone y Godofredo Stutzin proponen otorgar derechos a la naturaleza legitimando su acceso a la justicia en función de sus propios intereses. Stone argumenta su propuesta en un importante ensayo escrito en 1972 a raíz de un famoso caso de la jurisprudencia ambiental norteamericana, el caso *Sierra Club vs Morton*, en el cual la organización ecologista Sierra Club se opuso a la construcción de un parque de diversiones Disney que intentó construirse dentro del Mineral King Valley, famoso por los centenarios árboles secuoyas. El título del ensayo de Stone fue *Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects, es decir Los árboles por sus propios derechos pueden tener acceso a los tribunales? Hacia un reconocimiento de derechos a los objetos naturales*. Stone argumentó que el derecho evolucionó hasta reconocer como sujetos de derecho a los niños, mujeres, esclavos, personas de raza negra y que en el mundo del derecho existen sujetos de derecho inanimados como las personas jurídicas a las que hemos reconocido derechos. Pone un ejemplo cuando dice que en las sociedades esclavistas el esclavo que sufre un daño no puede reclamar justicia sino en la medida que ésta interese a su dueño y hasta el límite del daño económico que dicho daño sea imputable al dueño, pero una vez que deja de ser esclavo éste actúa por su propia iniciativa y lo que reclama es la reparación de su propio perjuicio (daño material y moral). Igual cosa sucede con los árboles del Mineral King Valley, por la construcción del parque de diversiones Disney, la organización Sierra Club no era la afectada sino los propios árboles secuoyas. En la medida en que los árboles sean considerados como sujetos de derecho representados por guardianes que podrían ser las asociaciones de defensa de la naturaleza pues según Stone las *autoridades públicas no son los mejores representantes de la naturaleza puesto que su papel tradicional es el de sopesar los intereses humanos*,³⁷ la naturaleza saldrá vencedora pues su defensa se apartaría de una mera relativización hacia los intereses humanos prevaleciendo los intereses de la naturaleza. Según Stone los derechos reconocidos a la naturaleza serían aquellos que empezaron a incluirse en la National Environmental Policy Act de 1970 de los Estados Unidos de América, considerada como la Carta Magna del derecho ambiental norteamericano, éstos son entre otros los estudios de impacto ambiental antes de la iniciación de la obra que implique un riesgo ambiental, la consideración del largo plazo, la capacidad de regeneración, la elaboración de alternativas, la participación pública, la calidad del medio ambiente etc. El caso *Sierra Club vs. Morton* no fue favorable a la organización conservacionista Sierra Club pues esta no logró demostrar el daño directo a sus integrantes pues la legitimación genérica en esa época no estaba regulada en el derecho norteamericano; sin embargo el voto salvado del Juez Douglas fue favorable a la tesis de Stone lo que influyó moralmente a la compañía de Walt Disney para no seguir adelante con la construcción del parque de diversiones. Más tarde Stone replanteó su tesis en *Should Trees have Standing Revisited* apartándose de la postura de la ecología profunda o deep ecology para argumentar que la personificación de la naturaleza era un camino ilusorio y que más bien había que encontrar soluciones jurídicas dentro de un marco teórico que justifique la defensa de los procesos ecológicos de la naturaleza.

za, de manera que Stone redefine su posición diciendo que la *protección que se pretende dar a las entidades no convencionales se obtiene de manera mas plausible imponiendo deberes a los hombres que concediéndoles derechos*.³⁸ También Stone opta por posturas mas moderadas al decir que se debe abandonar la lógica del *todo o nada* y *optar por posturas mas realistas y aceptar en materia de reparaciones, ciertos umbrales mínimos y máximos o la referencia a una norma ideal*.³⁹

Por su parte el tratadista chileno Godofredo Stutzin⁴⁰ hace las siguientes acotaciones sobre los benéficos jurídicos del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos:

- Se debe equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la biosfera frente a las pretensiones de la tecnósfera. La naturaleza debe ser parte interesada en los conflictos ambientales para que asuma en nombre propio la defensa del mundo natural.
- El desequilibrio de la balanza biosfera vs. tecnósfera produce que no solamente la naturaleza pierda, sino la propia humanidad cuyos intereses coinciden con la biosfera por mucho que queramos creer lo contrario.
- El hombre se ha ido disociando de la biosfera, creando un mundo artificial, la tecnosfera, que se esfuerza por dominar a la anterior.
- Por primera vez en la historia conocida de la tierra se demuestra que el poder de resistencia y regeneración de la naturaleza puede ser desbaratado en sus defensas si es atacada sin escrúpulos. Carácter autoreorganizador espontáneo, reproducción del plancton marino, por ejemplo.
- El desbalance está produciendo contraofensivas de la naturaleza como catástrofes y cataclismos motivados en gran parte por la muerte de componentes vivos de la biosfera. Efecto boomerang.
- La bomba de población: implemento de fabricación humana que atenta contra la vida de la naturaleza del mismo modo que el cáncer atenta contra la vida de los organismos.
- El derecho ambiental no es suficiente para proteger a la naturaleza debería llamarse derecho ecológico para dejar de llevar el disfraz de ambiente humano.
- No es suficiente que el derecho ecológico considere a la naturaleza como un bien jurídico y la proteja como tal, en lugar de reconocerla como sujeto de derechos. Mientras siga siendo meramente un bien, la naturaleza estará subordinada a los intereses utilitarios del hombre y su valor se medirá con la vara de estos intereses.
- La naturaleza es una persona jurídica sui generis que rebasa los límites tradicionales del derecho. Su reconocimiento constituirá otra etapa en la evolución del campo de lo jurídico. En el curso de esta evolución han ido adquiriendo carta de ciudadanía como sujetos de derechos propios todos aquellos sujetos que antes se encontraban *extra muros* (negros, esclavos, el feto, la mujer).
- Hay cierto paralelo entre la protección jurídica de la naturaleza y la de los bienes culturales históricos (Convención sobre la Protección Mundial, Cultural y Natural).
- Aunque el derecho se impone por el poder su objetivo es la protección de quienes carecen de poder: cada ampliación de la esfera jurídica implica una reducción de la esfera de poder. Al extender su protección a la naturaleza,

el Derecho lo hace porque esta se encuentra en situación de inferioridad frente al poder de destrucción de la humanidad.

- La naturaleza podría ser una persona jurídica supranacional y omnipresente cuyos derechos deben hacerse valer desde el ámbito mundial hasta el local. Es una persona jurídica de derecho público que podría asimilarse a una Fundación para la Vida.
- La naturaleza como persona jurídica tiene un patrimonio de afectación que son la totalidad de los elementos del mundo natural animados e inanimados.
- La naturaleza puede tener un doble aspecto, por un lado la naturaleza y su patrimonio se identifican de hecho pero pueden distinguirse conceptualmente como expresión ideal y expresión material. Este doble aspecto de la naturaleza confiere a sus derechos un carácter a la vez patrimonial y extrapatrimonial de derechos de propiedad y de derechos de personalidad. Al asumir su defensa por agresiones humanas la naturaleza ejerce al mismo tiempo su derecho a la vida y su derecho de dominio.
- La presencia unitaria del mundo natural en el terreno jurídico resulta preferible a una presencia fragmentada, pues tiene más peso la defensa ejercida en nombre de la naturaleza toda que la defensa entablada en nombre de un elemento específico. La naturaleza tiene esta característica de integralidad e interconexión. Esto no se opone a la existencia de derechos propios de los seres vivos diferentes de los derechos de la naturaleza como el de los animales respecto a su derecho de que no ser víctimas de sufrimientos.
- Los derechos de la naturaleza sobre su patrimonio coexisten con el derecho humano de propiedad sobre los bienes de ese patrimonio.
- Hay que distinguir en consecuencia el dominio ecológico del dominio civil. El primero equivale a una limitación del segundo.
- El derecho de propiedad de las personas sobre los elementos del mundo natural no es absoluto sino que se encuentra condicionado por la función natural que éstos desempeñan como parte del patrimonio de la naturaleza. Esta situación es comparable en cierto modo a la limitación del derecho de propiedad que se desprende de su función social.
- Los propietarios de bienes de la naturaleza deben ejercer su derecho de propiedad considerando los límites que les impone la biosfera: no podrían alterarlos substancialmente o destruirlos sin la autorización debida y fundada de quienes representen los intereses de la naturaleza.
- La representación de la naturaleza puede corresponder a entidades que tengan esa finalidad, a personas naturales y jurídicas que tengan esa finalidad. Será necesario crear organismos como Defensores Públicos y Consejos de Defensa similares a la institución del ombudsman.
- La debilidad de las autoridades a quienes les corresponde proteger a la naturaleza es que sus términos de referencia son esencialmente los del ambiente humano y los intereses de la colectividad humana no los de la naturaleza misma.

- En lo que atañe a los particulares encargados de defender a la naturaleza por la vía legal, los sistemas jurídicos no reconocen legitimidad procesal sino cuando esta protección corresponde al legítimo interés personal o colectivo. En países como Francia la ley otorga a ciertas instituciones el derecho de actuar administrativa y judicialmente en defensa del medio ambiente y en otros como Argentina la jurisprudencia ha dado pasos similares. En Ecuador la Constitución ya consagra la defensa de los intereses difusos.
- Subsiste el problema fundamental de cómo conciliar las necesidades de protección eficaz de la naturaleza con las exigencias de forma y de fondo del Derecho. Este es el nudo gordiano que no puede ser cortado sino usando la espada de los derechos de la naturaleza.
- El reconocimiento de los derechos de la naturaleza está en un proceso evolutivo. La demostración más reciente a nivel internacional es La Carta Mundial de la Naturaleza propuesta en la 12 Asamblea General de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza celebrada en Kinshasa en septiembre de 1975 y finalmente aprobada por las Naciones Unidas en 1982 (111 votos a favor, 18 abstenciones y un voto en contra, el del los Estados Unidos de América). La Carta señala entre otras cosas que *la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales*. Podría considerarse como una especie de cartas credenciales presentadas por la naturaleza ante el organismo máximo de la humanidad.
- Los efectos del reconocimiento jurídico de la naturaleza son generales y jurídicos, éstos a su vez se agrupan en cuatro rubros: identificación, simplificación, vigorización y unificación del Derecho Ecológico.
- Identificación: al Derecho Ecológico es preciso comprenderlo no como un compartimento más del Derecho Tradicional sino como una nueva dimensión de lo jurídico, la cual abarca las relaciones del hombre con la naturaleza. Equidad en las relaciones del hombre con la naturaleza.
- Simplificación: la identificación de las personas perjudicadas por daños a la naturaleza es difícil al contrario de la identificación de sus ejecutores. En materia de delitos ecológicos es normal que se reconozca al hechor pero no a la víctima. Esto se da por tres características de los delitos ecológicos: producen efectos dispersos y remotos en el espacio y en el tiempo; afectan a interés y valores diversos difíciles de valorar; dependen del criterio subjetivo de los afectados, lo que es daño para unos puede no serlo para otros. La solución está en identificar los delitos ecológicos como de lesa natura y radicar a la víctima del delito en la propia naturaleza lesionada. Si se acepta a la naturaleza como parte agraviada se simplifica la tarea del derecho ecológico.
- Vigorización: cualquier acto dañino permite a los representantes de la naturaleza ejercer acciones aunque no existan disposiciones legales específicas ni derechos humanos comprometidos; rigen los amplios principios del Derecho Civil como una obligación general de no hacer que el hombre tiene frente a la naturaleza en el sentido de no ejecutar actos perjudiciales que provoquen daños a su patrimonio; los recursos naturales dejan de ser con-

siderados solo como recursos de la humanidad y son reconocidos como recursos de la naturaleza, su uso y explotación se someten a las reglas de la justicia distributiva del derecho ecológico. Se establecen relaciones contractuales entre la naturaleza y los usuarios de sus bienes que obliguen a éstos a pagar un precio o renta por el aprovechamiento de los recursos naturales, lo que redundaría en un uso más racional y cuidadoso de estos recursos y disponer de fondos para su conservación. Los elementos del mundo natural considerados *res nullius* pueden quedar bajo el dominio exclusivo de la naturaleza ya que no habría dominio civil, se admitiría solo la explotación compatible con el mantenimiento de la integridad y vitalidad de los elementos naturales. La naturaleza puede ser dueña de un patrimonio civil formado por dineros y otros bienes (Fondo de la Naturaleza). La estimación de los daños se hará mas efectiva porque tendrá un enfoque ecológico y no solo humano. Se invierte el onus probandi en el sentido de que en lugar de partir de la presunción de que los elementos naturales pueden ser libremente alterados o no sirven de nada por la presunción contraria de que todo lo que existe en la naturaleza sirve de algo en el contexto de la empresa de la vida.

Unificación: El reconocimiento de los derechos de la naturaleza como noción jurídica puede ejercer un efecto unificador sobre el Derecho Ecológico de los diferentes países por el contenido objetivo y universal que confiere a sus normas, haciéndolos descansar esencialmente en las necesidades de la biosfera y no en intereses subjetivos y fragmentados de grupos humanos.

Francois Ost y su propuesta de un justo medio

Francois Ost afirma que la actual crisis ambiental se produce porque lo que está en crisis es nuestra representación de la naturaleza y nuestra relación con ella, aparte de otros signos de la crisis ecológica como la extinción de especies, la deforestación, el cambio climático y la contaminación. Esta relación crítica es denominada por Ost como la crisis del vínculo y del límite porque por un lado pretendemos personificar a la naturaleza como sujeto de derechos y por otro prevalece la noción de la naturaleza como objeto del derecho.

Nuestra visión de la naturaleza sigue siendo la de un *simple decorado* o *medio ambiente* en cuyo centro sienta su trono el hombre que se autoproclama *dueño y señor*.⁴¹ Este enfoque antropocéntrico ha aislado a la naturaleza para convertirla en *simple reserva de recursos*, o en *vertedero de residuos en definitiva el patio de atrás de nuestra tecnósfera*.⁴²

A lo largo de la historia de la humanidad y como se ha dicho desde los pasajes del Génesis en la Biblia, la naturaleza se presentó como un *obstáculo molesto*.⁴³ Galileo, Bacon y Descartes recrean un mundo artificial apartando al hombre de la naturaleza. El dualismo de Descartes que impone la separación entre el observador y lo observado sigue vigente en nuestra relación con la naturaleza. Según Ost este dualismo lleva a un *callejón sin salida* produciendo la pérdida del vínculo con la naturaleza y al mismo tiempo genera la no percepción de nuestros límites con ella. Para solucionar este problema, el derecho tiene que reconocer que *todavía hay una realidad dada*⁴⁴ y que *no todo está disponi-*

ble ni es fabricable.⁴⁵ Ost propone una dialéctica del vínculo y del límite con la naturaleza que configure una nueva ética que respete nuestra identificación con ella así como nuestra separación como seres autónomos. El autor a este respecto señala: *Los modernos tenían razón al pensar que el hombre no se reduce a la naturaleza y que el poder distanciarse de ella es la señal más segura de su humanidad; pero cometieron el error de olvidar que el límite (aquí la diferencia hombre-naturaleza) aunque separa y distingue, también une. El límite, decíamos, es una "diferencia implicada."* Al mantener únicamente la diferencia y ocultar la implicación, los modernos nos han llevado por el camino de la ilimitación y de la irresponsabilidad.⁴⁶

Las posiciones filosóficas de la Deep Ecology o Ecología Profunda preconizan el retorno a los orígenes y a la identidad con todos los seres vivos, una postura panteísta que se apoya solo en la idea del vínculo sin visualizar los límites. Pero sin duda la Deep Ecology ha ayudado a entender que el hombre no es la medida de todas las cosas. Los ecologistas profundos para sustentar el vínculo totalizador con la naturaleza aplican metáforas como la del *ensanchamiento del círculo* o *widening the circle* lo cual desplaza al hombre del centro hacia el marco general evolutivo sin privilegio alguno que invocar. Otra metáfora de esta corriente es aquella de pensar *como una montaña* o la de *adoptar el punto de vista de la naturaleza*, pues esta es sabia en todo sentido como lo demuestran sus leyes de cooperación, diversificación y de evolución. De aquí se deriva el reconocimiento al valor intrínseco de la naturaleza y la teoría de la naturaleza sujeto en el plano jurídico. Dentro de esta posición filosófica, científicos como Aldo Leopold sugirieron la constitución de una *ciudadanía biótica inspirada en una ética del suelo*.⁴⁷

Pero la posición de la ecología profunda al identificar al hombre con la naturaleza, pierde de vista la posibilidad de elevarse que ha tenido la humanidad ya no dentro de una evolución natural sino como resultado de una evolución cultural. A este respecto Ost señala: *Hagamos lo que hagamos, incluso atribuir derechos a la naturaleza, como el derecho de actuar ante un tribunal que Christopher Stone reclamaba para los secuoyas del Mineral King Valley, siempre seremos nosotros los que hagamos hablar a la naturaleza*.⁴⁸

Quizás Ost tenga razón en decir que el dualismo del antropocentrismo y el monismo de la ecología profunda son dos posiciones equivocadas y que por lo tanto es necesaria una tercera posición, aquella de las *diferencias implicadas* que nos llevan a considerar la necesidad de una *ciencia de las relaciones*, es decir un enfoque dialéctico que ponga las cosas en su sitio. El Derecho ambiental entonces debería propender a este balance de poderes entre la naturaleza y la humanidad. Esta idea se sintetiza en el siguiente análisis de Ost: La vuelta de las cosas que pretende operar la deep ecology no es, pues, una justa vuelta de las cosas. En lugar de hinchar desconsideradamente la categoría de sujeto, con el riesgo de perder al hombre, conviene poner cada cosa en su sitio y de esta manera volver a encontrar el sentido del vínculo y del límite en nuestras relaciones con la naturaleza. La única manera de hacer justicia a uno (el hombre) y a otra (la naturaleza), es manteniendo a la vez sus parecidos y sus diferencias. Aunque el hombre es un ser vivo, también es se trata de un privilegio exclusivo-capaz de libertad, productor

de sentido, sujeto de una historia y autor y destinatario de reglas. Por su parte, la naturaleza, aunque al término de su evolución ha producido la especie humana cuyas condiciones de supervivencia mantiene día a día, también es, respecto al hombre, completamente diferente y absolutamente extraña. Hombre y naturaleza son partes asociadas, aunque no se puede reducir el uno a la otra.⁴⁹

Francois Ost en su obra *Naturaleza y Derecho* plantea que el derecho ambiental para ser efectivo no debe optar ni por la orientación antropocéntrica o cartesiana, ni tampoco por el enfoque puramente holístico propuesto por la ecología profunda o deep ecology, lo cual se refleja jurídicamente cuando consideramos a la naturaleza como objeto o como sujeto del derecho. Este autor propone la ecologización del derecho en el que se respete lo que nos une y nos separa de la naturaleza. Una naturaleza que de ser sujeto u objeto pasa a ser naturaleza-proyecto (*lo que la naturaleza hace de nosotros y lo que nosotros hacemos de la naturaleza*) en el que se respete esa realidad dada y el aporte cultural de la humanidad a esa realidad dada lo cual también es el proyecto de la naturaleza, por lo tanto el derecho debe construir un sistema normativo que exija respeto a esta relación dialéctica. Este pensamiento de Ost se explica en estas líneas:

Obviamente, por el doble motivo de ser organismos vivos autónomos y seres capaces de lenguaje y razón, nos hemos vuelto, en cierta manera, ajenos a ese medio que, sin embargo, nos constituye. Pero esta situación paradójica será, sin duda, menos difícil de pensar si se acepta el siguiente principio fundamental: "No solamente no se puede separar un ser autónomo (Autos) de su habitat cosmo-físico y biológico (Oikos), sino que además hay que pensar que Oikos se encuentra en Autos sin que por ello Autos deje de ser autónomo". (citando a Morin) Es que el hombre tiene una manera única de habitar el mundo: ese mundo material, que es su morada, su nicho ecológico, lo habita, en primer lugar, con palabras y con representaciones. Ahora bien, el lenguaje es la facultad de situar a distancia todas las cosas y de esa manera, volverlas a crear. En este sentido, sólo el hombre es capaz de ecología; no solamente en el sentido de ciencia de los ecosistemas, sino, más fundamentalmente, en el sentido de poner en palabras (logos) su hábitat (oikos) y su relación con la tierra.

El derecho para regular eficazmente esta relación dialéctica entre el hombre y la naturaleza, ha optado por figuras imaginativas, se ha rescatado el concepto del dominio público que ha sido beneficioso para establecer sitios naturales protegidos por su alta biodiversidad, en el terreno del derecho civil se ponen de relieve las figuras de las acciones populares para proteger los bienes comunes y se aplican a la ecología las figuras de las servidumbres, del usufructo y del uso. En el derecho internacional se empiezan a aplicar principios como el de las responsabilidades comunes pero diferenciadas o el de patrimonio común de la humanidad para establecer responsabilidades entre los distintos Estados con el fin de lograr la sustentabilidad en beneficio de una ética ambiental con las presentes y futuras generaciones. Se ha logrado constitucionalizar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, lo que producirá una mayor sensibilización para que se haga justicia a la naturaleza frente a la presión de los *tradicionales intereses económicos y sociales*.⁵⁰

La figura del patrimonio como solución jurídica al problema ambiental

*Patrimonializar las especies y los espacios naturales equivale a considerarlos como cosas vivas-biótopo y biósfera-que es necesario conservar a salvo o salvaguardar.*⁵¹

El concepto de patrimonio es aplicado en el derecho internacional ambiental por la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Natural y Cultural de la Humanidad, por la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 que reconoce como tal a la plataforma submarina y por el Tratado de la Antártica.

Un patrimonio común de la humanidad ampliado, actualmente una figura legal establecida por las convenciones internacionales señaladas estaría bajo la tutela de una organización internacional o de un Estado dependiendo de la política que se adopte. En el caso de la Convención sobre el Derecho del Mar se establece una autoridad internacional para el cuidado de la plataforma submarina, en el caso de la antártica es un grupo de países el que la administra y en el caso del patrimonio natural y cultural de la humanidad, la UNESCO es la autoridad vigilante. Ost propone ampliar esta figura hacia la protección de otros elementos de la biósfera. La figura del patrimonio común de la humanidad tal como se la entiende actualmente solo permite usos racionales y pacíficos, manejo apropiado para la conservación y transmisión a las futuras generaciones y no necesariamente el aprovechamiento material actual, en este último aspecto la propuesta de Ost podría incluir el uso sustentable.⁵²

Según Ost patrimonializar a los bienes ecológicos globales indispensables a la vida, como son el clima, la atmósfera y las masas oceánicas supone los siguientes beneficios:

- a. El patrimonio implica una dialéctica entre el sujeto y el objeto; dicho en otras palabras, si consideramos patrimonio a los bienes ecológicos activamos una relación dinámica de mutuo respeto en el sentido de perennizar el objeto y otorgar ciertos derechos de uso al sujeto.
- b. El concepto de patrimonio establece una *relación de solidaridad entre el activo y el pasivo*,⁵³ cuando se trata de un recurso renovable si no es posible mantenerlo en el mismo estado habrá que establecer las obligaciones para garantizar su regeneración o sustituirlo con otro bien equivalente. Se reconoce al patrimonio como una masa de bienes naturales que tendrán que asegurarse mediante un estricto mecanismo de compensaciones.
- c. La categoría de patrimonio iría asociada a los bienes de propiedad pública pero también debe incorporar el valor de patrimonio común que interesa a toda la humanidad, de manera que así cohabitarían los intereses de los Estados llamados a cuidar los patrimonios ecológicos y los intereses de sectores privados interesados en usar de ese patrimonio conforme a las normas de interés público y uso sustentable.
- d. El bien patrimonializado destinado al dominio público tiene una proyección presente y futura, introduce una *ética que pretende evitar las irreversibilidades y preservar el abanico de las opciones futuras* por lo tanto considera el derecho de las generaciones futuras a beneficiarse de dicho patrimonio.

Seguendo a Ost, es necesario realizar un *formidable esfuerzo de racionalidad* para que la humanidad no quede privada de su futuro, por lo tanto el derecho ambiental está llamado a aplicar figuras como la del patrimonio común considerando la dialéctica entre el hombre y su medio; de lo contrario la humanidad *arrastrada por un movimiento entrópico* seguirá con *el proceso de pillaje de sus recursos y de alteración de su medio*⁵⁴ con las consecuencias catastróficas que esto puede acarrear.

El problema de la justicia ambiental

El tema de la reparación del daño ambiental encuentra problemas a la hora de compatibilizar los principios jurídicos con la lógica ecológica.

Según el derecho, para que se configure la responsabilidad por daño y se reconozcan daños y perjuicios a la víctima se deben cumplir tres condiciones: la existencia de un acto u omisión negligente, un perjuicio cierto actual o futuro y un vínculo de causalidad entre la falta y el perjuicio. En el primer caso la falta puede ser imputable de manera colectiva no a uno sino a muchos autores del daño, por ejemplo a muchas industrias que contaminan; en cuanto al segundo presupuesto los daños o perjuicios pueden solo aparecer luego de largos períodos que pueden sobrepasar los plazos de prescripción, la evaluación de los daños podría tomar treinta años por ejemplo y a su vez habría que evaluar los daños directos, indirectos y acumulados de un determinado daño al ambiente; bajo el tercer presupuesto, los vínculos de causalidad también se expanden en el tiempo, las responsabilidades son difusas y las víctimas también son dispersas, múltiples y poco identificables; el derecho ambiental en este último caso debe reconocer indemnizaciones aunque la víctima no sea la propietaria del sitio contaminado o cuando ni siquiera exista daño inmediato a la salud y aún cuando no sea sino solo indirectamente afectada. Aquí se inserta la problemática de las acciones colectivas o difusas y la institución de la legitimación genérica que implica tener acceso a la justicia sin tener un interés directo en la reparación del daño, principio este último ya incorporado en algunas legislaciones ambientales de varios países entre esos en el Ecuador a nivel constitucional.⁵⁵

En materia penal, los nuevos enfoques sobre la responsabilidad también se aplican pero el derecho penal deberá siempre ser subsidiario en materia ambiental, pues habrá que agotar todos los esfuerzos para prevenir el daño considerando los riesgos de irreversibilidad.

En materia de derecho administrativo la figura de la naturaleza como patrimonio común y no solo de interés público podría ayudar a poner en perspectiva y equilibrio los intereses del Estado y de los particulares; el sistema de permisos y licencias de explotación de recursos naturales en los que se basa el derecho administrativo no ha cumplido eficazmente con su objetivo cual es el defender el equilibrio entre los intereses de la tecnósfera frente a la biósfera; coincidimos con Ost en que *el derecho administrativo del medio ambiente no constituye necesariamente una protección eficaz de la naturaleza y sus usuarios. En el marco de un Estado industrial, en el que élites políticas y económicas se combinan y refuerzan mutuamente sus intereses respectivos, el sistema reglamentarista, al mismo tiempo que otorga a*

los ciudadanos una protección ilusoria, puede en ciertos casos, reforzar más bien que frenar las actividades contaminantes.⁵⁶

Finalmente, frente a la responsabilidad subjetiva en la que se fundamentan los principios de la reparación del daño, en materia ambiental habrá que optar también por la responsabilidad objetiva revirtiendo la carga de la prueba hacia el responsable del riesgo, pues de ninguna manera podrán subestimarse los riesgos que causa un daño ambiental. En definitiva en materia de responsabilidad civil es necesario desplazar el tema de la reparación del daño ambiental de la esfera del derecho civil a la esfera del derecho ambiental, que es la que le corresponde.

Conclusiones

El desafío del derecho ambiental como se ha visto es lograr que la norma adecue las conductas humanas a la lógica ecológica; según Ost debemos construir un derecho ambiental que además responda a esa dialéctica que demuestra nuestros límites y vínculos con la naturaleza. La ecología profunda nos hace ver los vínculos pero debemos equilibrar la balanza estableciendo que se haga también justicia a nuestra autonomía como seres humanos. De las teorías de Stone y de Stutzin podríamos también deducir que *al final del día* estaríamos creando reglas que respetan nuestros vínculos con la naturaleza pero también si somos nosotros los únicos que podemos hacer hablar a la naturaleza mediante representantes humanos se estaría respetando el enfoque dialéctico al que alude Ost dando valor legal tanto a los intereses de la naturaleza como a los intereses de la humanidad. Los mecanismos para respetar la dialéctica hombre-naturaleza ya están siendo regulados por el derecho, aunque podríamos también afirmar que se encuentran en construcción; la figura del patrimonio propuesta por Ost nos parece válida por su valor jurídico en crear responsabilidades presentes y futuras respecto a la conservación del bien patrimonial natural. Si se establece la figura de Patrimonio Común de la Humanidad para proteger los sistemas naturales vitales para la vida como en la Convención sobre el Derecho del Mar y en la Convención sobre el Patrimonio Cultural y Natural de la Humanidad, mediante la guarda de los Estados o de las comunidades locales estaríamos asegurando la permanencia del planeta.

Una perspectiva futura del derecho ambiental debería consolidar nuevas figuras de tutela como las del patrimonio común de la humanidad. Por su carácter global, el derecho ambiental internacional debería dejar de ser un derecho blando para que efectivamente se cumplan las metas previstas en las más de 150 convenciones internacionales en materia ambiental. Se hace urgente la creación de un Tribunal Ambiental Internacional con capacidad para juzgar a los Estados causantes del deterioro ambiental; es necesario también ubicar en el centro de la discusión mundial a la problemática ambiental mediante la creación de una organización mundial ambiental similar a la Organización Mundial de Comercio con completa autonomía para regular la complejidad y variedad de materias que a nivel global tienen directa o indirecta relación con lo ambiental. Hasta el momento la gestión de la política ambiental internacional es guiada

por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) que sin quitarle méritos, al ser un programa no tiene ni la autonomía suficiente ni el poder político necesario para llevar a cabo metas rigurosas en temas ambientales.

El derecho ambiental ha logrado algunos avances y las perspectivas futuras apuntan hacia nuevos horizontes que le dotarán al derecho ambiental de mayor fuerza. Algunos de los adelantos son: el enfoque de comando y control iniciado por la legislación ambiental norteamericana cada vez va cediendo terreno hacia novedosos mecanismos de economía ambiental mediante incentivos, pago por servicios ambientales o intercambio de permisos y licencias; el derecho ambiental se ha movido desde un enfoque de mera protección estética de parajes naturales hacia la protección de la salud pública, de la seguridad y del bienestar; entre sus objetivos está el desarrollo sustentable que impone nuevos principios de justicia como la equidad intrageneracional e intergeneracional, lo que da a entender la posibilidad de otorgar valor jurídico más amplio al concepto de patrimonio común de la humanidad; el concepto de desarrollo sustentable ha hecho que la economía y el derecho reconozcan que la conservación y el control ambiental sean objeto de análisis de costo-efectividad y que la economía debe supeditarse a la ecología y no al contrario. La legislación local, nacional y global es cada vez más extensa lo cual ha creado una hiperinflación normativa con la consecuente debilidad en su eficacia, pero que a su vez demuestra que la ciencia del derecho hace esfuerzos por buscar soluciones jurídicas al problema ambiental. El derecho de información es cada vez más importante dentro del derecho ambiental, ya la Declaración de Río en su Principio 10 estableció que *el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda*. De este principio se derivan las normas constitucionales como la de la consulta previa y otras incluidas en los convenios internacionales como el consentimiento previo informado en el caso del Convenio sobre Diversidad Biológica. A nivel europeo, la Convención de Aarhus ha establecido una normativa efectiva en relación al derecho de información en cuestiones ambientales. Aunque los tribunales y el poder judicial son foros importantes para resolver conflictos ambientales, se están aplicando con mayor fuerza métodos alternativos de resolución de conflictos como la mediación, arbitraje y negociación tanto a nivel nacional como internacional; sin embargo de que estos procedimientos en algunos casos se han inclinado por la ley del más fuerte. El manejo integrado de zonas marino-costeras es objeto del derecho ambiental, en el caso del Ecuador la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos logra este cometido.

Los principios de precaución y de prevención así como el manejo de riesgos están normados por el derecho ambiental a través de los Estudios de Impacto Ambiental que constituyen instrumentos técnicos y jurídicos adecuados en la medida en que su cumplimiento y seguimiento sean eficientes, sean debidamente socializados con los ciudadanos afectados y las obligaciones que se deriven de dichos estudios se incorporen como parte integrante de los correspondientes contratos.

Los retos futuros del derecho ambiental son muchos, si- guiendo siendo un desafío la *cuestión de la traducción del lenguaje científico de la ecología en el lenguaje normativo de los juristas*.⁵⁷ El jurista que redacta la norma no alcanza a entender los fenómenos ecológicos y debe acudir a la ayuda de los técnicos convirtiéndose el derecho ambiental en muchos casos en un *derecho de ingeniero*⁵⁸ lleno de listas y parámetros interminables a los que el jurista para matizar la norma añade algunas disposiciones penales, pero juristas y científicos están condenados a entenderse y por eso la interdisciplinariedad en el derecho ambiental será cada vez más necesaria. El jurista deberá siempre preguntarse *para quien trabaja el técnico*, de esta manera podrá sopesar las soluciones jurídicas con justicia, apoyándose en el derecho de información y participación pública, es decir democratizando la gestión ambiental.

El antropocentrismo cada vez más va cediendo terreno hacia un enfoque global y sistémico del problema, la orientación holística del Convenio sobre Diversidad Biológica al reconocer el valor intrínseco de la biodiversidad refleja los principios de la Carta de la Tierra de 1982 que reconoce al hombre no como el centro sino como parte de la naturaleza, al mismo tiempo cuando el Convenio sobre Diversidad Biológica establece normas para reconocer los derechos soberanos de los Estados a la diversidad biológica y los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos ancestrales bajo un modelo de sustentabilidad está haciendo justicia a esa dialéctica hombre-naturaleza que se discute en este trabajo.

El derecho ambiental está obligado a una revisión continua de sus normas en correspondencia con la complejidad de la incertidumbre que presentan los problemas ambientales que deberán apoyarse en el permanente avance de la ciencia y de la técnica; frente a esta realidad uno de sus instrumentos a nivel internacional ha sido la norma blanda o soft law que en lugar de establecer metas y obligaciones rigurosas entre los Estados ha creado una suerte de obligaciones morales que han catalizado propuestas normativas o resoluciones políticas para solucionar los problemas ambientales de acuerdo a las circunstancias económicas y sociales de los países. Así la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta de la Tierra de 1982, la Declaración de Río y la Agen-

da 21 de 1992 han logrado que algunos de sus principios y políticas como el de valor intrínseco de la naturaleza, precaución, preocupación común de la humanidad, responsabilidades comunes pero diferenciadas, mejor tecnología disponible, la información ciudadana y el desarrollo sustentable entre otros, sean adoptados por las convenciones internacionales y por las legislaciones internas.

En cuanto al daño ambiental, el derecho ambiental deberá ampliar los principios de la responsabilidad hacia la responsabilidad objetiva tomando en cuenta los riesgos que el daño ambiental implica; en algunas legislaciones como la norteamericana, la inglesa y la colombiana la responsabilidad objetiva esta normada. En Ecuador la encontramos solamente en ciertos casos del derecho aeronáutico. Finalmente, para regular la compleja relación entre la lógica jurídica y la lógica ecológica es necesario establecer jueces y tribunales especializados, dictar una legislación especial que regule la prueba y el daño en materia tan compleja como la ambiental, así como la responsabilidad para con las generaciones futuras. A nivel internacional se hace necesaria la creación de un Tribunal Ambiental desplazando la justicia ambiental de entidades no ambientales como la Corte Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacia organismos especializados.

Diríamos finalmente que el derecho ambiental es un derecho de vital importancia para la supervivencia de la vida en este planeta, es un derecho en construcción pues depende de la solución de otros grandes problemas de la humanidad como la pobreza y el crecimiento demográfico. Su eficacia es aún débil porque a su vez depende de una reorientación de los valores de la humanidad frente a su relación con la naturaleza que desplace el antropocentrismo hacia el justo medio en palabras de Ost y que sienta las bases del desarrollo sustentable. En consecuencia sus principios jurídicos se encuentran en evolución, un proceso que lo podríamos equiparar a la evolución jurídica sobre los derechos humanos. En la medida en que sigamos haciendo esfuerzos locales e internacionales para perfeccionar la regulación jurídica de la relación entre el hombre y la naturaleza, haciendo justicia a los dos, nos aproximaremos a esa naturaleza-proyecto que nos habla-Ost o hacia el paradigma de la nave espacial-tierra.

Notas

1. Francois Ost. *Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad*. Ediciones Mensajero. pág. 87. 1996.
2. Ost pág. 87.
3. *La Tierra entera es un solo ser vivo en permanente búsqueda de su equilibrio homeostático*. Ost pág. 87.
4. *Por diversidad biológica se entiende, la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende, la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas*. Convención sobre Diversidad Biológica, artículo 2.
5. Ost pág. 91.
6. La Constitución del Ecuador en el artículo 91 inciso segundo señala: *El Estado...tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño*.
7. Ost pág. 91.

Notas

8. *Efectivamente, estamos convencidos de que, mientras no se replantee nuestra relación con la naturaleza, mientras no se descubra qué nos distingue de ella y qué nos une a ella, nuestros esfuerzos serán vanos, como lo prueba la muy relativa efectividad del derecho medioambiental y la muy modesta eficacia de las políticas públicas en este terreno.*

9. *El Nuevo Derecho Ambiental.* Ramón Ojeda Mestre. Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental. 2002.

10. *Manual del Sistema Nacional Ambiental. Análisis y Propuestas del SINA.* Carlos Eduardo López Dávila. Iván López Dávila. 2003, pág. 18

11. Ost, pág. 18

12. Ost, pág. 18

13. *...el derecho forestal nació en Babilonia hacia 1900 antes de nuestra era; el código hitita, redactado de 1380 a 1346 a.C. contiene una disposición relativa a la contaminación del agua ("se cobrará una multa de tres ciclos de plata por toda contaminación de una cisterna o de un pozo comunal"). En 1370 a.C. el faraón Akénatos erige la primera reserva natural; en el siglo III antes de nuestra era, un emperador indio, Asoka, publica un edicto- sin duda el primero de la historia- que protege diferentes especies de animales salvajes.* Francois Ost. *Naturaleza y Derecho* pág. 29 citando a S.Lyster, *International Wildlife Law*, Cambridge, 1985, pág. XXI.

14. *Manual de Derecho Ambiental Mejicano.* Raúl Brañes. Fundación Mejicana para la Educación Ambiental. Fondo de Cultura Económica, México 1994, en Comentarios Bibliográficos de la Revista de Política y Derechos Ambientales en América Latina y el Caribe. Volumen I No. 3. 1994. Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

15. *Ibidem.* pág. 311.

16. *Ibidem.* pág. 311.

17. Dra. Eulalia Moreno Trujillo. *La Protección Jurídica-Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro.* José María Bosch Editor S.A. Barcelona 1991.

18. *Ibidem.* pág. 312.

19. El artículo 23 numeral 6 de la Constitución de la República se refiere al derecho de todo ciudadano a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, las reformas de 1998 establecen también una sección sobre Medio Ambiente (Sección Segunda Capítulo 5) bajo el Capítulo 5 sobre los Derechos Colectivos.

La Constitución de 1945 contenía un artículo a través del cual se manda *salvaguardar el patrimonio natural y cultural*, (Ecología y Derecho. Vladimir Serrano. pág. 232).

La actual Constitución Política además de las disposiciones directamente relacionadas con la conservación ambiental contiene otros artículos que colateralmente se vinculan a la conservación y protección, tales como los artículos 20, 32, 84 num. 5, 94, 95, 97 num. 16 y 19, art. 161 num. 5, art. 238, 239, 240, numeral 14, artículo 27, 29 y 31, así mismo según Vladimir Serrano *muchas de las normas relativas a la propiedad y la economía estarían tácitamente incluidas dentro del régimen de los recursos naturales.* (Ecología y Derecho. Vladimir Serrano. pág. 262)

20. *Manual de Derecho Ambiental Mejicano.* Raúl Brañes. Fundación Mejicana para la Educación Ambiental. Fondo de Cultura Económica, Méjico. 1994, pág. 54.

21. Se entiende por este concepto que los tratados internacionales mientras no sean objeto de una legislación interna, constituyen recomendaciones programáticas o declaraciones de políticas que no tienen un sentido estrictamente obligatorio.

22. El Informe establece *todos los seres humanos tienen derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar.* Citado por Vicente Bellver Capella en *Ecología, De las Razones a los Derechos.* Colección ECORAMA, Editorial COMARES, Granada España, 1994.

23. *Manual de Derecho Ambiental,* Efraín Pérez Camacho 1995, pág.37.

24. *Ibidem.* Pérez, pág. 38.

Notas

25. *El concepto de sustentabilidad tiene una raíz simple. Se fundamenta en el reconocimiento comúnmente conocido en la vida económica, de que para mantener el ingreso a través del tiempo se requiere que las reservas de capital no se agoten. El ambiente natural tiene la función de una reserva de capital para la economía humana, suministrando recursos y servicios esenciales, lo que además incluye la asimilación de desechos. La actividad económica en la actualidad está agotando el capital natural. Mientras en el corto plazo esto puede generar riqueza económica en el largo plazo se reduce la capacidad del medio ambiente para proveer de estos recursos y servicios. La sustentabilidad es entonces la meta de "vivir dentro de nuestros medios ambientales". Dicho de otra manera, implica que no debemos sobrepasar los costos de las actividades presentes hacia las futuras generaciones.* (The Politics of the Real World, Michael Jacobs, 1996, pág. 17).
26. El entendimiento de los problemas ambientales ha cambiado. Antes se creía que el agotamiento de los recursos no renovables como los combustibles fósiles y los minerales era el problema principal. Lo que ahora sabemos es que la pérdida de recursos renovables como los árboles, suelos, agua, peces constituyen problemas mucho más urgentes. Los recursos naturales renovables no tienen que ser agotados. Si los índices de explotación son iguales a los índices de regeneración, una reserva constante de recursos puede ser mantenida. Pero con frecuencia la explotación sobrepasa los índices de regeneración dejando atrás por ejemplo suelos degradados y escasez para el futuro. La contaminación ambiental también es un problema ambiental muy grave. El problema de los combustibles fósiles no es tanto el hecho de que se pueden terminar sino los daños que éstos causan: el efecto invernadero que resulta de las emisiones de carbono, lluvia ácida causada por el azufre y el nitrógeno. Contaminantes del aire como el plomo y los hidrocarburos son los principales causantes de enfermedades respiratorias. Con mayor amplitud, la acumulación en el ambiente de pesticidas, dioxinas y otras sustancias químicas tóxicas y peligrosas genera peligros a la salud aun desconocidos pero que producen cada vez mayor preocupación. Mientras tanto la pérdida de biodiversidad en números y variedades en las especies de animales y plantas representa pérdidas múltiples: del reservorio de material genético del cual se derivan nuevas drogas y otros productos farmacéuticos; de la riqueza que la naturaleza ofrece a todas las culturas y experiencia de muchas personas; y del valor intrínseco del mundo natural. (Politics of the Real World. Jacobs, pág. 14).
27. *Uno de los hitos históricos más importantes de la época fue la Reunión del Grupo de Expertos sobre el Desarrollo y el Medio, celebrada en Founex, Suiza (del 4 al 12 de junio de 1971). Allí se preparó un documento sobre el estado del medio ambiente humano y natural en el planeta. Este trabajo se transformó en una de las bases para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que se celebró en Estocolmo en 1972, y que dio lugar a una Declaración y a un Plan de Acción para el Medio Humano, que contiene 109 recomendaciones concretas.* (El Desarrollo Sustentable, Transformación Productiva, Equidad y Medio Ambiente, CEPAL, LG/1648 (CONF.80/2) 18 de enero de 1991).
28. El Consejo Mundial de Industria y Medio Ambiente al promover el libre comercio se aparta del concepto de equidad porque el retiro de barreras tarifarias refuerza las desigualdades al no reconocer que *las naciones más ricas del mundo importan sustentabilidad de las naciones más pobres* (Eden 1994).
29. Derecho Ambiental. Jorge Bustamante Alsina 1995, pág. 44.
30. Ost pág. 113.
31. Ost pág. 122.
32. Ost pág. 25. Cap I.
33. Ost pág. 27.
34. Ost pág. 30.
35. Ost pág. 30.
36. Ost pág. 31.
37. Ost pág. 165.
38. Ost pág. 168.
39. Ost pág. 169.
40. Un Imperativo Jurídico. Reconocer Derechos a la Naturaleza. Ambiente y Desarrollo No I, Diciembre de 1990. Godofredo Stutzin.

Notas

41. Ost pág. 11.

42. Ost pág. 12.

43. Ost pág. 12.

44. *La naturaleza es precisamente tanto en la physis griega como en la natura latina lo que nace, lo que no cesa de llegar a la existencia, lo que se da en permanencia. Este dato es también un don que exige en primer lugar la pasividad de la acogida y la apertura de la gratuidad. Este don, que recuerda que no todo esta disponible ni es fabricable, es también la condición de posibilidad del símbolo: puesto que no todo puede someterse a nuestro dominio, se produce una fisura en la que tiene su origen el sentido y el esfuerzo por encontrar un significado. Sin ni siquiera nombrar lo sagrado, sencillamente la posibilidad de dar sentido es la que garantiza el vínculo reconocido en el dato natural.* Ost citando a F. Alquié. pág. 13

45. Ost pág. 13.

46. Ost pág. 14.

47. Ost pág. 15.

48. Ost pág. 16.

49. Ost pág. 16.

50. Ost pág. 294.

51. Ost pág. 297.

52. *Introduction to International Environmental Law.* Alexander Kiss. 1997, pág. 110.

53. Ost pág. 317.

54. Ost pág. 322.

55. Artículo 91 tercer inciso de la Constitución de la República.

56. Ost pág. 65.

57. *Ibidem*, pág. 91.

58. *Ididem*, pág. 92.

USFQ-BIBLIOTECA

de la época fue la Reunión del Grupo de los Países en Desarrollo (del 4 al 12 de junio de 1971) que preparó un documento sobre el desarrollo y el medio ambiente. Este trabajo se realizó en una de las sesiones para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, que se celebró en Ginebra en 1972 y que dio lugar a una Declaración y a un Plan de Acción para el Medio Ambiente que contiene 109 recomendaciones concretas. (El documento de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, Ginebra, 1972, vol. I, págs. 1-25).

El Consejo Mundial de Industria y Medio Ambiente al promover el libre comercio entre las naciones más ricas del mundo importan más. Este concepto de equidad plantea el reto de barreras tarifarias reducidas para las naciones más pobres (Eden 1994).

Doctorado Ambiental, Jorge Bustamante Alsina 1995, pág. 44.

41. Ost pág. 12.

42. Ost pág. 12.

43. Ost pág. 12.

44. Ost pág. 12.

45. Ost pág. 13.

46. Ost pág. 14.

47. Ost pág. 15.

48. Ost pág. 16.

49. Ost pág. 16.

50. Ost pág. 294.

51. Ost pág. 297.

52. Ost pág. 317.

53. Ost pág. 322.

54. Ost pág. 322.

55. Ost pág. 65.

56. Ost pág. 65.

57. Ost pág. 91.

58. Ost pág. 92.

59. Ost pág. 109.

60. Ost pág. 108.

61. Ost pág. 108.

62. Ost pág. 108.

63. Ost pág. 108.

64. Ost pág. 108.

65. Ost pág. 108.

66. Ost pág. 108.

67. Ost pág. 108.

68. Ost pág. 108.

69. Ost pág. 108.

70. Ost pág. 108.

71. Ost pág. 108.

72. Ost pág. 108.

73. Ost pág. 108.

74. Ost pág. 108.

75. Ost pág. 108.

76. Ost pág. 108.

77. Ost pág. 108.

78. Ost pág. 108.

79. Ost pág. 108.

80. Ost pág. 108.

81. Ost pág. 108.

82. Ost pág. 108.

83. Ost pág. 108.

84. Ost pág. 108.

85. Ost pág. 108.

86. Ost pág. 108.

87. Ost pág. 108.

88. Ost pág. 108.

89. Ost pág. 108.

90. Ost pág. 108.

91. Ost pág. 108.

92. Ost pág. 108.

93. Ost pág. 108.

94. Ost pág. 108.

95. Ost pág. 108.

96. Ost pág. 108.

97. Ost pág. 108.

98. Ost pág. 108.

99. Ost pág. 108.

100. Ost pág. 108.

101. Ost pág. 108.

102. Ost pág. 108.

103. Ost pág. 108.

104. Ost pág. 108.

105. Ost pág. 108.

106. Ost pág. 108.

107. Ost pág. 108.

108. Ost pág. 108.

109. Ost pág. 108.

110. Ost pág. 108.

111. Ost pág. 108.

112. Ost pág. 108.

113. Ost pág. 108.

114. Ost pág. 108.

115. Ost pág. 108.

116. Ost pág. 108.

117. Ost pág. 108.

118. Ost pág. 108.

119. Ost pág. 108.

120. Ost pág. 108.

121. Ost pág. 108.

122. Ost pág. 108.

123. Ost pág. 108.

124. Ost pág. 108.

125. Ost pág. 108.

126. Ost pág. 108.

127. Ost pág. 108.

128. Ost pág. 108.

129. Ost pág. 108.

130. Ost pág. 108.

131. Ost pág. 108.

132. Ost pág. 108.

133. Ost pág. 108.

134. Ost pág. 108.

135. Ost pág. 108.

136. Ost pág. 108.

137. Ost pág. 108.

138. Ost pág. 108.

139. Ost pág. 108.

140. Ost pág. 108.

141. Ost pág. 108.

142. Ost pág. 108.

143. Ost pág. 108.

144. Ost pág. 108.

145. Ost pág. 108.

146. Ost pág. 108.

147. Ost pág. 108.

148. Ost pág. 108.

149. Ost pág. 108.

150. Ost pág. 108.

151. Ost pág. 108.

152. Ost pág. 108.

153. Ost pág. 108.

154. Ost pág. 108.

155. Ost pág. 108.

156. Ost pág. 108.

157. Ost pág. 108.

158. Ost pág. 108.

159. Ost pág. 108.

160. Ost pág. 108.

161. Ost pág. 108.

162. Ost pág. 108.

163. Ost pág. 108.

164. Ost pág. 108.

165. Ost pág. 108.

166. Ost pág. 108.

167. Ost pág. 108.

168. Ost pág. 108.

169. Ost pág. 108.

170. Ost pág. 108.

171. Ost pág. 108.

172. Ost pág. 108.

173. Ost pág. 108.

174. Ost pág. 108.

175. Ost pág. 108.

176. Ost pág. 108.

177. Ost pág. 108.

178. Ost pág. 108.

179. Ost pág. 108.

180. Ost pág. 108.

181. Ost pág. 108.

182. Ost pág. 108.

183. Ost pág. 108.

184. Ost pág. 108.

185. Ost pág. 108.

186. Ost pág. 108.

187. Ost pág. 108.

188. Ost pág. 108.

189. Ost pág. 108.

190. Ost pág. 108.

191. Ost pág. 108.

192. Ost pág. 108.

193. Ost pág. 108.

194. Ost pág. 108.

195. Ost pág. 108.

196. Ost pág. 108.

197. Ost pág. 108.

198. Ost pág. 108.

199. Ost pág. 108.

200. Ost pág. 108.

201. Ost pág. 108.

202. Ost pág. 108.

203. Ost pág. 108.

204. Ost pág. 108.

205. Ost pág. 108.

206. Ost pág. 108.

207. Ost pág. 108.

208. Ost pág. 108.

209. Ost pág. 108.

210. Ost pág. 108.

211. Ost pág. 108.

212. Ost pág. 108.

213. Ost pág. 108.

214. Ost pág. 108.

215. Ost pág. 108.

216. Ost pág. 108.

217. Ost pág. 108.

218. Ost pág. 108.

219. Ost pág. 108.

220. Ost pág. 108.

221. Ost pág. 108.

222. Ost pág. 108.

223. Ost pág. 108.

224. Ost pág. 108.

225. Ost pág. 108.

226. Ost pág. 108.

227. Ost pág. 108.

228. Ost pág. 108.

229. Ost pág. 108.

230. Ost pág. 108.

231. Ost pág. 108.

232. Ost pág. 108.

233. Ost pág. 108.

234. Ost pág. 108.

235. Ost pág. 108.

236. Ost pág. 108.

237. Ost pág. 108.

238. Ost pág. 108.

239. Ost pág. 108.

240. Ost pág. 108.

241. Ost pág. 108.

242. Ost pág. 108.

243. Ost pág. 108.

244. Ost pág. 108.

245. Ost pág. 108.

246. Ost pág. 108.

247. Ost pág. 108.

248. Ost pág. 108.

249. Ost pág. 108.

250. Ost pág. 108.

251. Ost pág. 108.

252. Ost pág. 108.

253. Ost pág. 108.

254. Ost pág. 108.

255. Ost pág. 108.

256. Ost pág. 108.

257. Ost pág. 108.

258. Ost pág. 108.

259. Ost pág. 108.

260. Ost pág. 108.

261. Ost pág. 108.

262. Ost pág. 108.

263. Ost pág. 108.

264. Ost pág. 108.

265. Ost pág. 108.

266. Ost pág. 108.

267. Ost pág. 108.

268. Ost pág. 108.

269. Ost pág. 108.

270. Ost pág. 108.

271. Ost pág. 108.

272. Ost pág. 108.

273. Ost pág. 108.

274. Ost pág. 108.

275. Ost pág. 108.

276. Ost pág. 108.

277. Ost pág. 108.

278. Ost pág. 108.

279. Ost pág. 108.

280. Ost pág. 108.

281. Ost pág. 108.

282. Ost pág. 108.

283. Ost pág. 108.

284. Ost pág. 108.

285. Ost pág. 108.

286. Ost pág. 108.

287. Ost pág. 108.

288. Ost pág. 108.

289. Ost pág. 108.

290. Ost pág. 108.

291. Ost pág. 108.

292. Ost pág. 108.

293. Ost pág. 108.

294. Ost pág. 108.

295. Ost pág. 108.

296. Ost pág. 108.

297. Ost pág. 108.

298. Ost pág. 108.

299. Ost pág. 108.

300. Ost pág. 108.

301. Ost pág. 108.

302. Ost pág. 108.

303. Ost pág. 108.

304. Ost pág. 108.

305. Ost pág. 108.

306. Ost pág. 108.

307. Ost pág. 108.

308. Ost pág. 108.

309. Ost pág. 108.

310. Ost pág. 108.

311. Ost pág. 108.

312. Ost pág. 108.

313. Ost pág. 108.

314. Ost pág. 108.

315. Ost pág. 108.

316. Ost pág. 108.

317. Ost pág. 108.

318. Ost pág. 108.

319. Ost pág. 108.

320. Ost pág. 108.

321. Ost pág. 108.

322. Ost pág. 108.

323. Ost pág. 108.

324. Ost pág. 108.

325. Ost pág. 108.

326. Ost pág. 108.

327. Ost pág. 108.

328. Ost pág. 108.

329. Ost pág. 108.

330. Ost pág. 108.

331. Ost pág. 108.

332. Ost pág. 108.

333. Ost pág. 108.

334. Ost pág. 108.

335. Ost pág. 108.

336. Ost pág. 108.

337. Ost pág. 108.

338. Ost pág. 108.

339. Ost pág. 108.

340. Ost pág. 108.

341. Ost pág. 108.

342. Ost pág. 108.

343. Ost pág. 108.

344. Ost pág. 108.

345. Ost pág. 108.

346. Ost pág. 108.

347. Ost pág. 108.

348. Ost pág. 108.

349. Ost pág. 108.

350. Ost pág. 108.

351. Ost pág. 108.

352. Ost pág. 108.

353. Ost pág. 108.

354. Ost pág. 108.

355. Ost pág. 108.

356. Ost pág. 108.

357. Ost pág. 108.

358. Ost pág. 108.

359. Ost pág. 108.

360. Ost pág. 108.

361. Ost pág. 108.

362. Ost pág. 108.

363. Ost pág. 108.

364. Ost pág. 108.

365. Ost pág. 108.

366. Ost pág. 108.

367. Ost pág. 108.

368. Ost pág. 108.

369. Ost pág. 108.

370. Ost pág. 108.

371. Ost pág. 108.

372. Ost pág. 108.

373. Ost pág. 108.

374. Ost pág. 108.

375. Ost pág. 108.

376. Ost pág. 108.

377. Ost pág. 108.

378. Ost pág. 108.

379. Ost pág. 108.

380. Ost pág. 108.

381. Ost pág. 108.

382. Ost pág. 108.

383. Ost pág. 108.

384. Ost pág. 108.

385. Ost pág. 108.

386. Ost pág. 108.

387. Ost pág. 108.

388. Ost pág. 108.

389. Ost pág. 108.

390. Ost pág. 108.

391. Ost pág. 108.

392. Ost pág. 108.

393. Ost pág. 108.

394. Ost pág. 108.

395. Ost pág. 108.

396. Ost pág. 108.

397. Ost pág. 108.

398. Ost pág. 108.

399. Ost pág. 108.

400. Ost pág. 108.

El laberinto del derecho internacional en el siglo XXI

Ramiro Aguilar Torres

Tengo que confesarle que la contemplación de la imbecilidad es mi vicio, mi pecado....

Yo reconozco (la grandeza de Dios) en la contemplación de la imbecilidad.

No hay nada más profundo, más abismal, más vertiginoso, más inaccesible...

Leonardo Sciascia

La epistemología del nuevo siglo

Estamos viviendo un período entre siglos. Un momento en que la humanidad está cambiando el paso. Un punto de inflexión. El rasgo característico de finales del siglo XX fue la globalización económica apoyada en un acceso casi inmediato a la información mundial. Esto hizo suponer que la organización política iba a volverse supra estatal, la Unión Europea nos dio la pauta; pero este fenómeno se dio solamente en parte de Europa. Las diferencias de desarrollo volvieron asincrónica la evolución de las diferentes regiones del planeta, mientras en Bruselas se respiraban aires de extrema racionalidad y civilización, en Sarajevo los seres humanos se exterminaban sin piedad. En este contexto, el papel que se suponía desempeñarían las Naciones Unidas y los demás organismos internacionales se sobredimensionó.

En el último curso que dicté en la Universidad antes de mi retiro voluntario – en realidad debería decir pérdida de mística -, insistí mucho en la necesidad de que el derecho cambie de enfoque epistemológico, dejando de lado el mecanicismo y adoptando la teoría de sistemas; y es precisamente la teoría de sistemas la que mejor podría explicar lo que está ocurriendo con el derecho y la sociedad en este período de transición al que me he referido.

La necesidad de este cambio epistemológico del derecho ha sido apuntada por filósofos contemporáneos como Mario Bunge quien dice: *Del mismo modo, en las etapas de investigación, litigio y sentencia los juristas hacen un uso más o menos tácito de principios epistemológicos; por desgracia, no siempre los correctos... a veces la libertad y hasta la vida dependen de epistemologías que no tendrían posibilidad alguna en la ciencia, la ingeniería o las ciencias de la administración.*¹ No se trata de una impostura intelectual nacida de una falsa aplicación de principios epistemológicos diseñados para las ciencias exactas sino un acierto ya reconocido por la moderna filosofía del derecho. Ludwig Von Bertalanffy, en su Teoría General de los Sistemas analiza el asunto de la siguiente manera:

Finalmente, debemos buscar la aplicación del concepto de sistema en los ámbitos más vastos posibles, así los grupos humanos, las sociedades, y la humanidad en conjun-

to.

Con fines de discusión, entendamos <ciencia social> en sentido amplio, incluyendo sociología, economía, ciencia política, psicología social, antropología cultural, lingüística, buena parte de la historia y las humanidades, etc. Entendamos <ciencia> como empresa nomotética, es decir, no como descripción de singularidades sino como ordenación de hechos y elaboración de generalidades.

Presuponiendo estas definiciones, en mi opinión puede afirmarse con gran confianza que la ciencia social es la ciencia de los sistemas sociales. Por esta razón deberá seguir el enfoque de la ciencia general de los sistemas.²

Una de las características fundamentales del sistema es el de ser *autopoiesico*, es decir tiene la capacidad de *hacerse a si mismo*. Niklas Luhmann es uno de los filósofos que más ha desarrollado el concepto de la autopoiesis. *El argumento central de Luhmann consiste en identificar los procesos sociales de la red autopoiesica como procesos de comunicación: Los sistemas sociales usan la comunicación como su modo particular de reproducción autopoiesica. Sus elementos son comunicaciones que son... producidas y reproducidas por una red de comunicaciones y que no pueden existir fuera de dicha red.*³

Recapitulemos:

El sistema social es: autopiésico, es decir, se hace a si mismo; autorreferente,⁴ distinto de su entorno y de otros sistemas; cerrado, cuya relación con su entorno es la comunicación; con capacidad de autoobservación (o sea la *introducción de la diferencia sistema/entorno en el sistema que se constituye con la ayuda de la misma*).⁵ *El concepto de sistema cerrado autorreferente no está en contradicción con la apertura al entorno del sistema; el cierre del modo operativo autorreferente supone más bien una manera de ampliar los posibles contactos con el entorno; y al constituir elementos capaces de determinarse mejor, aumenta la complejidad del posible entorno para el sistema.*⁶ Este sistema tiene un patrón de organización que es *la configuración de las relaciones entre sus componentes, que determina las características esenciales del sistema.*⁷ También tiene una estructura que es: *la corporeización física de su patrón de organización.*⁸ Adicionalmente tienen un proceso vital, esto es: *la actividad que se ocupa de la continua corporeización del patrón de organización del sistema.*⁹ siendo el proceso el vínculo entre patrón y estructura.

El sistema selecciona información del entorno y ello tiene cierta complejidad.¹⁰ La elección, dicho sea de paso, es un concepto temporal por lo que por último debemos considerar al tiempo en el que se desarrolla el sistema ya que: *el tiempo es lo que obliga a la selección en los sistemas complejos, pues si dispusiéramos de un tiempo infinito, todo po-*

dría concordar con todo.¹¹

Adicionalmente, nos encontramos con sistemas dentro de sistemas. Mediante la aplicación de los mismos conceptos a los distintos niveles de sistemas – por ejemplo, el concepto de estrés en un organismo, una ciudad o una economía –, podemos obtener a menudo importantes percepciones. Por otro lado, cabe admitir también que, en general, a distintos niveles sistémicos corresponden distintos niveles de complejidad. En cada nivel, los fenómenos observados poseen propiedades que no se dan a niveles inferiores. Las propiedades sistémicas de un nivel concreto reciben el nombre de propiedades <emergentes>, puesto que emergen precisamente de aquel nivel.¹²

Una visión sistémica del derecho la tiene el Prof. Gunther Teubner cuyo esquema general se aprecia claramente en el siguiente texto de Carlos Morales de Setién Ravina:

¿Cómo llega a constituirse el sistema jurídico como un sistema autopoietico? ¿qué diferencia (distinción) introduce el sistema jurídico que le permite crear comunicaciones propias? ¿en qué momento se produce la clausura operativa que determina la existencia del derecho como sistema autopoietico?

Una gran parte del trabajo de Teubner está dirigido a responder estas preguntas. Así sólo podemos responderlas de manera sucinta.

Para Teubner, la circularidad de la autopoiesis es obviamente una cuestión de todo o nada, pero la cuestión de la autonomía legal no lo es, es un concepto que se incrementa con el número de relaciones autoreferenciales al interior del sistema.

El derecho habría pasado por varios estadios en su camino hacia la clausura operativa:

1. El punto de partida es el conflicto social.
2. El derecho sólo puede surgir cuando se dan tres condiciones: a) el conflicto se define como una diferencia entre expectativas que requiere una solución, b) los conflictos se resuelven cuando una de las expectativas divergentes se considera *válida*, c) por lo tanto, existe una forma de comportamiento que se declara *correcta*. En este momento, sin embargo, el derecho se produce mediante procesos externos al derecho: procesos de poder vinculados a las expectativas de los que tienen el poder en sus manos, la moral que declara qué es lo *bueno* o las normas sociales que se generan como comunicaciones difusas.
3. Cuando el derecho se especializa temáticamente, es decir, cuando surge la distinción entre lo correcto o lo incorrecto en términos legales, se produce una cierta diferenciación funcional. No hay aún autorreferencia en el proceso de producción del derecho.
4. Según Teubner, *la autoreferencialidad sólo surge cuando el sistema legal constituye él mismo de la nada sus propios componentes*.
5. La autopoiesis sólo surge en el derecho cuando esos elementos aparecen, cuando esos componentes que se construyen cíclicamente lo hacen de manera congruente y se vinculan a un hiperciclo al interior del cual se produce un círculo autorreproductivo que tiene la forma acto-norma-acto.

La idea básica es que la evolución del derecho occidental está encaminada hacia la autoconstitución de las normas jurídicas, lo que ocurre cuando las normas – como comunicaciones al interior del sistema jurídico – se constituyen como normas que no se refieren a fuentes externas, sino a otros componentes del sistema legal. La creación del derecho depende de otras normas, sean precedentes u otras formas de creación de derecho. Las normas legales tienen su origen en actos legales y esas normas legales son, a su vez, origen de la producción de nuevos actos que pueden calificarse como legales.

Si el análisis de Teubner es cierto y el derecho se constituye de manera autorreferencial, no hay posibilidad de que mecanismos externos determinen el sentido del cambio al interior del derecho. El derecho autopoietico, a partir de este momento, se alejaría de los modelos evolucionarios que vinculan evolución del derecho a evolución de la sociedad y que Teubner toma como referencia en elementos materiales. Cuando el sistema legal se autorreproduce, el propio derecho contiene sus mecanismos evolutivos.

Por otro lado, las normas sociales no podrían ser adoptadas directamente por el derecho:

Los procesos fuera del derecho sólo podrían tener un efecto modulador en la producción de variedad legal.

Los conflictos sociales pondrían en marcha los procesos legales: éstos modulan la formulación legal de los conflictos entre normas, que en última instancia son los responsables de las innovaciones legales, pero que tienen poco en común con las disputas entre las partes. De ahí la protesta contra la expropiación del conflicto. De ahí el motivo para el movimiento idealístico de deslegalización y para las alternativas al derecho.¹³

El derecho tradicional es sustancialmente cartesiano, mecanicista, y como tal al aplicársele la Teoría de Sistemas sufre un gran shock como explicaremos más adelante.

La crisis del derecho internacional al inicio del siglo xxi

La insuficiencia epistemológica del derecho internacional

Decíamos que el derecho¹⁴ tradicional es cartesiano y mecanicista y que por tanto fracasa en su intento de regularizar las relaciones humanas; y lo hace porque *los sistemas no pueden ser comprendidos por medio del análisis. Las propiedades de las partes no son propiedades intrínsecas, como entiende el derecho al regularlas por separado, sino que sólo pueden ser comprendidas en el contexto de un conjunto mayor. En consecuencia, la relación entre las partes y el todo ha quedado invertida. En el planteamiento sistémico las propiedades de las partes sólo se pueden comprender desde la organización del conjunto, por lo tanto, el pensamiento sistémico no se concentra en los componentes básicos, sino en los principios esenciales de organización. El pensamiento sistémico es contextual, en contrapartida al analítico. Análisis significa aislar algo para estudiarlo y comprenderlo, mientras que el pensamiento sistémico encuadra este algo dentro del contexto de un todo superior.¹⁵*

El contexto de nuestro tiempo

Samuel P. Huntington dice con acierto que la historia humana es la historia de la civilización y afirma que en el mundo de la posguerra fría, por primera vez en la historia, la política global se ha vuelto multipolar y multicivilizacional... finales de los años ochenta, el mundo comunista se desplomó y el sistema internacional de la guerra fría pasó a ser historia. En el mundo de la posguerra fría, las distinciones más importantes entre los pueblos no son ideológicas, políticas ni económicas; son culturales.¹⁶ Oriente y occidente tienen rasgos culturales, religiosos y políticos diferentes; y aún al interior de oriente y occidente existen profundas diferencias del mismo orden. Pero en los últimos años del siglo XX hubo en el planeta una sensación de uniformidad en la civilización o tal vez de la existencia de una única civilización, lo cual no dejó de ser un simple espejismo. Pero esa percepción unificadora no fue gratuita, se debió a la existencia de un elemento con el que no se contó en el pasado: el increíble desarrollo tecnológico y su consecuencia de volver, casi inmediato, el acceso a la información mundial. Por eso lo afirmado a finales del siglo XX por Huntington contradice lo dicho por Bertalanffy en 1968:

Con todo, contra estos síntomas y contra otros catalogados por los profetas de la condenación, hay dos factores que hacen a nuestra civilización indudablemente única en comparación con las que perecieron en el pasado. El uno es el desarrollo tecnológico que permite un control de la naturaleza nunca antes alcanzado y que abriría un camino para aliviar el hambre, la enfermedad, la sobrepoblación, etc., riesgos a los que la humanidad estaba antes expuesta. El otro factor es la naturaleza global de nuestra civilización. Las anteriores estaban limitadas por barreras geográficas y sólo comprendían grupos restringidos de seres humanos. Nuestra civilización comprende el planeta entero y hasta llega más allá conquistando el espacio. Nuestra civilización tecnológica no es privilegio de grupos comparativamente pequeños, tales como los ciudadanos de Atenas o del Imperio romano, los alemanes o los franceses, o incluso los europeos blancos. Está abierta a todos los seres humanos, de cualquier color, raza o credo.¹⁷

Entre lo afirmado por Bertalanffy y lo dicho por Huntington hay casi treinta años, en los cuales, dos hitos históricos marcaron la diferencia: el derrumbamiento del muro de Berlín y la aparición de guerras étnicas en Europa central. Este es, precisamente, el primer punto de inflexión: En las primeras décadas del siglo XXI nos costará entender la vuelta a enfrentamientos religiosos, étnicos y económicos que se creían superados en el iluso siglo XX. (La estupenda autora norteamericana Barbara W. Touchman, escribió en 1978 un libro titulado *A distant Mirror. The Calamitous 14th Century*,¹⁸ cuyo enfoque de la historia resultó premonitorio).

La política entendida como la dinámica del poder, no hace más que dar una justificación conceptual a las pasiones y debilidades humanas; y si, como decía Carl Von Clausewitz, la guerra es un elemento y herramienta de la política, vemos con claridad que las primeras décadas del siglo XXI serán muy violentas.

Tampoco las relaciones económicas apaciguarán este ambiente de enfrentamiento. Otro de los espejismos de finales del siglo XX fue el de la uniformidad del capitalismo. No existe tal uniformidad: *Al contrario, el capitalismo es*

*múltiple, complejo como la vida. No es una ideología sino una práctica.*¹⁹ Aún en los países desarrollados existen serias discrepancias en torno a ciertas variables que inciden notablemente en sus economías. La migración deberá debatirse en los EEUU y Europa entre la necesidad, no siempre admitida, de mano de obra barata, y la seguridad interna. La seguridad social al interior de los países desarrollados abarca, en el fondo, la discusión sobre su propia población marginal y el peso de ésta sobre el aparato económico; junto al tema de la seguridad social están: la liberalidad de los salarios, el premio del ahorro o el fomento del endeudamiento interno, la reglamentación o desreglamentación de la economía – con la consiguiente judicialización de las dudas –.

En el resto del mundo: *ciertamente, no basta con establecer el capitalismo en un país para lanzarlo por el camino del desarrollo económico; se requiere también un mínimo de reglas y, por lo tanto, un Estado eficaz y sin corrupción.*²⁰

Otro factor que deberá reconstituirse en las primeras décadas del siglo XXI es el religioso. Efectivamente, nadie puede negar que la moral religiosa ha controlado el desborde de la pasión humana a lo largo de los siglos. El siglo XX fue, en Occidente, un siglo de poca fe. La rapidez con que la ciencia nos fue descifrando los misterios de la física, la biología, la genética y la astronomía, nos hizo más autosuficientes y menos dependientes – como especie – de la idea de Dios. Al mismo tiempo, la intransigencia de la ortodoxia católica para armonizar el pensamiento eclesiástico a la realidad de la vida, ha hecho perder al Vaticano su liderazgo espiritual. La gente aborta y se divorcia con absoluta liberalidad material y espiritual, la ciencia ha abierto la posibilidad de clonar seres vivos y la Iglesia Católica todavía considera pecado el uso de anticonceptivos.

La falta de un referente espiritual claro en occidente versus cierto extremismo religioso islámico, hace que haya además, en estos tiempos de transición, un enfrentamiento religioso entre seres humanos. Para Occidente el mundo es algo que se puede perfeccionar, para el extremismo islámico el mundo es algo que se debe redimir, esto nos lleva a una diferente concepción de la vida y de la muerte.

El siglo XXI se ha iniciado con una guerra imperial. Estados Unidos ha llevado la guerra a Oriente Medio. Contra el criterio de la Organización de Naciones Unidas, invadió Irak llevando de la mano a su socio menor Inglaterra. El Derecho Internacional fue incapaz de controlar la arrogancia de Washington.

En el siglo anterior, a finales de los ochenta, el ex Secretario de Estado George Shultz decía que: *Las negociaciones son un eufemismo de capitulación si la sombra del poder no se proyecta sobre la mesa de reuniones, condenando a aquellos que abogan por medios utópicos, legalistas, tales como la mediación, las Naciones Unidas y el Tribunal Internacional de Justicia, mientras que omiten el elemento de poder de la ecuación.*²¹

Madeleine Albright, cuando era embajadora ante Naciones Unidas, dijo que EEUU actuaría multilateralmente cuando pueda y unilateralmente cuando deba.²²

Como se puede apreciar, al invadir Irak, EEUU no hace otra que ser consecuente con su política internacional, de forma que el atentado a las Torres Gemelas realizado el 11 de septiembre de 2001 no ha traído como consecuencia una

alteración sustancial de la forma como Washington entiende su rol en el mundo después de la Guerra Fría. El exhibicionismo del Presidente George W. Bush y sus simples discursos de predicador para justificar la guerra no son más que recursos histriónicos. Nada más que eso. Sostener lo contrario es dar demasiado crédito a un político de aptitudes intelectuales bastante dudosas.

La invasión de Irak de 2003, deja profundas interrogantes respecto al rol de Naciones Unidas en este nuevo siglo. Otros posibles teatros de operaciones militares pueden ser Corea del Norte, Siria, Libia, Colombia y Cuba. Si EEUU decide que debe anticiparse a ataques de estos países, ni la ONU ni la opinión pública internacional impedirán que lo haga. Hacia adentro, la base sobre la que se asienta la democracia norteamericana es el respeto a la ley; pero hacia fuera la razón de estado, hace que se desconozca el ordenamiento jurídico internacional. Los intereses imperiales están por sobre los intereses de la comunidad internacional.

El Derecho Internacional en estos años de transición

A partir del fin de la guerra fría, Estados Unidos es el país más poderoso de la tierra, su percepción del mundo a finales del siglo XX fue parecida a la que tuvo a finales del siglo XIX el Coronel Jerry Morelock, oficial norteamericano destacado en Fort Leavenworth, dice algo sumamente sugerente: *Lo que le ocurre ahora al ejército es lo mismo que le pasó en 1890, con el final de las guerras contra los indios se ha dado cuenta de que ya no le queda ningún territorio por conquistar. Hace un siglo, esta situación se resolvió con el imperialismo*²³ (se refiere a la guerra contra España y el envío de tropas a Cuba y las Filipinas).

Los sistemas que componen el sistema social norteamericano son muchos, su patrón de organización es intrincado, sus elementos económicos, raciales y culturales tienen un frágil equilibrio que al romperse puede generar violentos enfrentamientos internos. Su autorreferencia es clara, se percibe a sí mismo como distinto de los demás países o grupos de países. Su estructura física es muy fuerte y diversa, dados sus recursos y amplitud geográfica y su proceso vital sumamente dinámico y vigoroso. Pero, su tamaño y lo diverso de sus subsistemas le hace extremadamente sensible a sus relaciones con el entorno; relaciones extremadamente complejas por la inestabilidad económica y política del entorno.

*Cualquier teoría de sistemas que pretenda referirse a la realidad, debe tomar en consideración que las cosas cambian. Hay cambios y en los sistemas hay una sensibilización especial para los cambios.*²⁴ *Una característica de nuestro tiempo es la aceleración de los acontecimientos; por lo tanto el sistema social norteamericano, debe renunciar a una completa sincronización con el entorno y ser capaz de compensar en alguna forma los riesgos sufridos por esta falta de correspondencia momentánea.*²⁵

Los Estados Unidos son, sin duda, el sistema social más fuerte del planeta. Los puntos de contacto entre este sistema social y el derecho internacional cuyos organismos e instrumentos más importantes fueron diseñados después de la Segunda Guerra Mundial para un mundo donde el juego de poder era diferente, son mínimos. Por ello, la relación sistema/entorno (EEUU/Organismos Internacionales) será cada vez más conflictiva y durante los próximos años el ordena-

miento jurídico internacional será menos capaz de frenar o limitar a los Estados Unidos en sus acciones unilaterales; deberá hacer importantes concesiones, una de las cuales será consentir la jurisdicción de los tribunales norteamericanos en asuntos internacionales: terrorismo, crímenes de lesa humanidad, delito internacional (drogas, tráfico de armas, trata de blancas) y por supuesto la posibilidad de acción militar directa de EEUU.

Quedarán los organismos internacionales como entes generadores de normas (con el límite de la reserva constitucional americana por supuesto) y administradores de ayuda humanitaria. Subsistirá la Corte Penal Internacional con perfil bajo, para juzgar dictadorzuelos o delincuentes que no hayan herido la sensibilidad o los intereses americanos.

Éste es el escenario para el período de transición y su justificación epistemológica.

La actitud que han asumido los Estados Unidos lo dije, y lo repito, no es producto del pensamiento político de George W. Bush (si acaso lo tiene), es producto de la autopoiesis del sistema, esa capacidad de hacerse a sí mismo y de sobrevivir. Apresurada tal vez por los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, pero no consecuencia de ellos, la violencia desatada en Afganistán e Irak, demuestra también un nuevo elemento en la relación sistema/entorno (EEUU/resto del mundo): el temor. Robert D. Kaplan describe la forma de pensar norteamericana del siglo XX con increíble fidelidad:

*Sin embargo, como desde la guerra civil los norteamericanos no hemos sufrido ninguna convulsión interna de carácter violento, carecemos de una conciencia de la transformación histórica y, en consecuencia, tendemos a imaginar el futuro con optimismo: un futuro estable que nos reportará un mayor nivel de riqueza o incluso de justicia en el marco de una nación invariable.*²⁶

De hecho la acción de EEUU en Afganistán e Irak busca transmitir a la población norteamericana la sensación de estar protegida por un ejército capaz de atacar a sus enemigos en sus propios países y así evitar que lleguen a territorio estadounidense; lo cual es necesario para evitar que el temor desequilibre sus elementos y entorpezca su proceso vital, en el cual la migración es fundamental.

No sé qué le depare a la humanidad el nuevo siglo pero sé que un hecho terrible marcará el inicio real del siglo XXI. Octavio Paz decía que: *La historia tiene la realidad atroz de una pesadilla; la grandeza del hombre consiste en hacer obras hermosas y durables con la sustancia real de esa pesadilla. O dicho de otro modo: transfigurar la pesadilla en visión, liberarnos, así sea por un instante de la realidad disforme por medio de la creación.*²⁷

En otro orden de cosas, el efecto perturbador que ha tenido la corrupción en la política, que es uno de los elementos del sistema *derecho*; y en otros sistemas: economía, democracia, etc., ha traído como consecuencia un desequilibrio de la entropía del sistema. En efecto, la sinapsis que debe existir entre los distintos elementos que componen el derecho se ha visto atrofiada por la corrupción; así como la relación sistema/entorno; y el resultado ha sido que el derecho ha alterado sustancialmente su proceso vital: las normas jurídicas que constituyen la estructura del sistema no son capaces de reproducir la realidad del entorno y por ello no cumplen su función reguladora. A esto debemos sumar que la relación sistema/entorno en el caso del derecho ha sido,

en los últimos años, totalmente asincrónica.

El problema que verán estos años de transición es el incremento de la corrupción a todo nivel y en todos los países. Desde luego el derecho seguirá sufriendo, al igual que otros sistemas su efecto perturbador; siendo precisamente el poder reducir la corrupción el reto de las primeras décadas de este siglo.

Palabras finales

Inicialmente se me había pedido un artículo sobre el Derecho Penal Internacional pero la guerra se presentó en el

camino y produjo, una vez más, miles de víctimas inocentes. Si el Derecho Internacional se vuelve una utopía al inicio del siglo XXI, no se diga el menor de sus retoños llamado Penal Internacional. Estas líneas constituyen un esfuerzo personal por tratar de entender, al menos usando las herramientas adecuadas, este tiempo *entre siglos*. La humanidad, en este período es como una caravana. Mi personaje literario favorito Maqroll el Gaviero sabe que *Una caravana no simboliza ni representa cosa alguna. Nuestro error consiste en pensar que va hacia alguna parte o viene de otra. La caravana agota su significado en su mismo desplazamiento. Lo saben las bestias que la componen, lo ignoran los caravaneros. Siempre será así.*²⁸

Notas

1. Mario Bunge, *Las ciencias sociales en discusión*, Una Perspectiva Filosófica, Editorial Sudamericana, Bs. As., 1999, pág. 384 y 385.
2. Ludwig Von Bertalanffy, *Teoría general de los sistemas*, Fondo de Cultura Económica, México, 13ª Reimpresión, 2001, pág. 204.
3. Citado por Fritjof Capra, *La trama de la vida*, Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, Anagrama, Barcelona, 1998, pág. 224.
4. Nuestra tesis de que los sistemas existen, puede ahora precisarse: existen sistemas autorreferentes. Esto, de momento y en un sentido muy general, sólo significa: existen sistemas con la capacidad de establecer relaciones consigo mismos y de diferenciar estas relaciones de las relaciones con su entorno. Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1ª reimpresión, 1997, pág. 44.
5. Niklas Luhmann, obra citada, Pág. 97.
6. Niklas Luhmann, obra citada, pág. 97.
7. Fritjof Capra, obra citada, pág. 172.
8. *Ibíd.* pág. 172.
9. *Ibíd.* pág. 173.
10. *Un sistema complejo no se puede apoyar, ni siquiera desde un punto de vista temporal en una correspondencia punto por punto con el entorno. Debe renunciar a una completa sincronización con el entorno y ser capaz de compensar de alguna forma los riesgos sufridos por esta falta de correspondencia momentánea.* Niklas Luhmann, obra citada, pág. 111.
11. Niklas Luhmann, obra citada, pág. 109.
12. Fritjof Capra, obra citada, pág. 57.
13. Carlos Morales de Setién Ravina, *La fuerza del derecho*, Pierre Bourdieu, Gunther Teubner, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1ª Reimpresión, 2002, pág. 56, 57 y 58.
14. Los conceptos que expreso en este ensayo para el derecho en general son válidos para su subsistema *internacional*.
15. Fritjof Capra, obra citada, pág. 49.
16. Samuel P. Huntington, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 1997, pág. 21.
17. Ludwig Von Bertalanffy, Obra citada, pág. 213 y 214.
18. Barbara W. Touchman, *Un espejo lejano*, El calamitoso siglo XIV, Península Atalaya, Barcelona, 1ª Edición, 2000.
19. Michel Albert, *Capitalismo contra capitalismo*, Paidós, Bs. As. 1999, Pág. 21.
20. *Ibíd.*, pág. 13.
21. Citado por Noam Chomsky, *Estados canallas*, Paidós, Bs. As., 2000, pág. 29.
22. Noam Chomsky, obra citada. pág. 24.
23. Citado por Robert D. Kaplan, *Viaje al futuro del imperio*, La transformación de Norteamérica en el siglo XXI, Ediciones B, S.A., Barcelona, 1999, pág. 24 y 25.
24. Niklas Luhmann, obra citada, pág. 108.
25. Niklas Luhmann, obra citada, pág. 111.
26. Robert D. Kaplan, obra citada, pág. 39.
27. Octavio Paz, *El laberinto de la soledad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 115.
28. Álvaro Mutis, *La nieve del Almirante*, Siruela, Madrid, 1997, pág. 32.

El control de constitucionalidad de los tratados internacionales

Rafael Oyarte Martínez

Introducción

Este ensayo se referirá, principalmente, al control preventivo y obligatorio que sobre instrumentos internacionales realiza el Tribunal Constitucional de conformidad con la Constitución ecuatoriana.

Se abordarán tópicos relativos a la ausencia de control a posteriori de los tratados internacionales, en virtud de la naturaleza misma de estos actos, y el vigente sistema de control previo que, en determinadas ocasiones, resultaría insuficiente, debido a la regulación constitucional sobre la materia.

La formación de los tratados internacionales en el Derecho Nacional

Para cumplir el objetivo de este ensayo se debe revisar, previamente, el procedimiento de formación de los instrumentos internacionales en nuestro sistema jurídico, pues existen diferencias de trámite a partir de la materia que se aborda en el instrumento internacional correspondiente, lo que incide en el control de constitucionalidad.

Competencia

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,² 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,³ 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.⁴

Al ser el Presidente de la República el titular único del Ejecutivo, es este 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, las siguientes: en materia judicial, a través de la potestad de conceder indultos por delitos comunes; en materia legislativa, han llevado a señalar al Presidente de la República como un colegislador, al tener la facultad de iniciar proyectos de ley, con exclusividad en algunas materias,⁵ 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; y, también en materia de política exterior, como se señala a continuación.

En materia de política exterior, de conformidad con la denominación que entrega el profesor Hernán Salgado,⁶ al Presidente de la República se le atribuyen la facultades de: definir la política exterior, es decir, determinar la posición del Ecuador respecto de la comunidad internacional, dentro de los lineamientos que establece el artículo 4 de la Constitución; dirigir las relaciones internacionales, decidiendo con qué Estados mantendrá el Ecuador relaciones diplomáticas, consulares o comerciales; y, celebrar y ratificar los instrumentos internacionales.

La celebración de un instrumento internacional implica su suscripción o firma, con lo que se da inicio a su trámite de formación. En Ecuador esta atribución corresponde al jefe del Estado, lo que no implica que, necesariamente, todo instrumento deba ser firmado sólo por el Presidente de la República.

Al efecto, se hace presente que, si bien el único titular de la Función Ejecutiva es el Presidente de la República, por lo que toda decisión que se tome en este ámbito de competencia le corresponde exclusivamente a este personero, la Constitución prevé la designación de ministros, denominados en otros sistemas como secretarios de Estado, para diferenciarlos de sus pares en los sistemas parlamentarios, tal como ocurría en el texto original de la Constitución de 1978-79 hasta la cuarta codificación que los denominaba ministros secretarios de Estado.⁷

Los Ministros de Estado son funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República,⁸ pues, al representar al Jefe del Estado en la cartera a su cargo y por las atribuciones que ejercen, son funcionarios de confianza del Primer Mandatario. Así, de modo general, el Ministro de Relaciones Exteriores puede celebrar o suscribir un instrumento internacional en representación del Presidente de la República y, por añadidura, a nombre del Estado, lo que también se puede realizar a través de un plenipotenciario u otro delegado para el efecto por parte del Presidente de la República.

Trámite interno

Hasta la codificación constitucional aprobada por la Asamblea Nacional, que rige desde el 10 de agosto de 1998, el Código Político de 1978-79 no distinguía el trámite de formación de los instrumentos internacionales, de guisa tal que, todo tratado internacional celebrado por el Presidente de la República debía ser aprobado por la Legislatura como requisito para su eventual ratificación por parte del jefe del Estado.⁹

La codificación constitucional de 1998 realiza la distinción de trámites en virtud de la materia que tratan. De tal forma, algunos instrumentos son celebrados y ratificados, de modo directo, prácticamente, por parte del Presidente de la República, y otros deben ser aprobados por el Congreso Nacional, previos a la ratificación ejecutiva, correspondiendo únicamente a este trámite los tratados cuya materia verse sobre alguna de las señaladas en el artículo 161 de la Constitución.

Se hace presente que sólo los tratados que requieren de aprobación legislativa para su eventual ratificación por parte del Presidente de la República tienen control previo y obligatorio de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Ello genera una serie de consecuencias jurídicas a la hora de ejercer el principio de control, propio y necesario para la efectiva vigencia de un Estado de Derecho, pues los tratados que se refieran a materias excluidas del artículo 161 del Código Político no sólo que no requieren de aprobación legislativa ni tienen control previo de constitucionalidad, sino que no tienen ninguna clase de control de constitucionalidad.

Los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, que versan sobre las materias señaladas, y que deben ser aprobados por el Congreso Nacional, requieren de dictamen previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, como se revisa en la siguiente sección.

Luego de superado el control previo de constitucionalidad, el Congreso Nacional podrá aprobar o improbar el instrumento en un solo debate. El quórum de aprobación legislativa del tratado es la mayoría absoluta, quórum calificado que implica la exigencia del voto favorable de la mitad más uno del total de congresistas que integran la Legislatura. Hasta la cuarta codificación de 1997 sólo se establecía que el tratado debía ser aprobado por el Congreso Nacional, siguiendo el procedimiento de formación de la ley, por lo que su aprobación obraba con simple mayoría.

Se debe tener en cuenta que los órganos legislativos, no solo en Ecuador sino en el Derecho comparado, solo tienen la atribución de aprobar o rechazar los convenios suscritos por el Gobierno, mas no de modificarlos pues, en caso contrario, los parlamentos compartirían la atribución de celebrar los tratados al determinar su contenido¹⁰ y, además, dejaría en indeterminación el contenido del tratado que va a ser sometido a la aprobación del Congreso del otro Estado firmante, con la consecuente inseguridad sobre el asunto que será ratificado por su gobierno.

Las materias objeto de aprobación legislativa

Como se señaló, no todo instrumento internacional celebrado por el Presidente de la República debe ser aprobado por el Congreso Nacional, pues si no se refiere a alguna de las materias señaladas en el artículo 161 de la Constitución, el jefe del Estado podrá ratificarlos sin trámite legislativo. De igual modo, por ejemplo, las Constituciones de España, Guatemala y Perú determinan que solo algunos tratados deben ser aprobados por las Cortes Generales o los correspondientes Congresos de la República, respectivamente.¹¹ En el caso costarricense, en cambio, se establece que, de modo general, la Asamblea Legislativa esta facultada para aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos, estableciendo una norma de excepción a este requerimiento en relación con los *protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación*.¹²

Las materias a las que se refiere el artículo 161 de la Constitución son, en resumen, las siguientes:

a. Materia territorial o limítrofe

Los tratados en materia territorial implican el reconocimiento o cesión del territorio nacional que un Estado realiza a favor de otro Estado, no sólo respecto de la fijación de fronteras sino también en relación al ejercicio del dominio y competencia territoriales.

El territorio de los Estados, esto es, la porción de tierra que de aquél depende, es inviolable, por lo que no puede ser ocupado por otra nación, ni afectado por medios directos o indirectos, razón por la cual las adquisiciones territoriales por la fuerza no son reconocidas por el Derecho Internacional contemporáneo.¹³ El territorio del Estado es, también, inalienable, es decir, no susceptible de disposición, pues sobre éste el Estado no ejerce derecho de propiedad, sino que es un bien que ingresa al dominio público, con reconocimiento internacional.¹⁴

La soberanía del Estado, esto es, la potestad de decidir o de poner en práctica el poder estatal, se ejerce en su territorio, donde se determina el dominio internacional y la competencia territorial. Se entiende por dominio territorial la pertenencia de un área de terreno a un Estado específico, sin que ello implique propiedad. Es por ello que, como se ha señalado, de modo general, la cesión de territorios no disputados no se apegan, en principio, a la juridicidad. La competencia territorial, en cambio, consiste en el ejercicio del poder del Estado, a través de sus instituciones políticas, dentro de su territorio, sea legislando, juzgando, gobernando o administrando, entre otras actividades públicas, lo que se practica con la característica de exclusividad. Esto último se debe entender en dos sentidos: la actividad estatal es válida, exclusivamente, dentro de su territorio y, por otra parte, una nación no puede tomar decisiones que pretendan vincular fuera de su territorio, de modo general.

El aspecto limítrofe tiene que ver con la materia territorial, aunque de un modo más circunscrito, pues se entiende por límite el punto donde termina el territorio de un Estado y comienza el de otro.

b. El establecimiento de alianzas políticas o militares

Los tratados de alianza militar son aquellos que, tradicionalmente, se celebran entre dos o más Estados con la finalidad de vincularse en caso de guerra, tanto para iniciarla como para continuarla,¹⁵ por lo que en su origen tuvieron una finalidad tanto ofensiva como defensiva, haciéndose presente que, en el Derecho Internacional contemporáneo, sólo son lícitos los segundos.

Con el tratado de alianza militar, los Estados asumen la obligación de no mantenerse neutrales, es decir, se comprometen a acudir al conflicto en favor del aliado beligerante sin necesidad de que la controversia afecte a todos los aliados sino sólo a uno de los pactantes.¹⁶ En la actualidad, los tratados de alianza defensiva, por su naturaleza, sólo vinculan a los firmantes si uno de los Estados parte ha sido agredido y no si es el agresor.

Ecuador ha suscrito una serie de pactos de alianza militar, el más conocido es el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, celebrado en Río de Janeiro el 2 de septiembre de 1947. Otros tratados que sobre esta materia se han suscrito son, entre otros, los siguientes: Tratado de Unión, Amistad y Alianza entre los Estados de la Nueva Granada, de 1832; Tratado de Alianza Ofensiva y Defensiva entre Ecuador y Chile de 1866, en el que se adhiere al celebrado entre Chile y Perú en 1865 con oportunidad de la guerra contra España; Tratado de Alianza entre la República del Ecuador y los Estados Unidos del Brasil, en 1904; Convención de Alianza entre Ecuador y Colombia de 1908 y de 1910.¹⁷

Las alianzas políticas en cambio se caracterizan por un compromiso que dos o más Estados asumen para la protección o la realización de sus intereses, los que pueden ser idénticos, complementarios o ideológicos, como consecuencia de conflictos contra adversarios comunes y cuando dichos intereses no pueden procurarse más que con la estipulación de dicha alianza.¹⁸

c. Los que comprometan al país en acuerdos de integración

A través de estos tratados, Ecuador se integra voluntariamente con otras naciones, como una de las variantes de la política internacional respecto de la comunidad internacional, especialmente en ámbitos regionales, dentro del principio de igualdad soberana de los Estados. La Constitución ecuatoriana en su texto propugna la integración, en especial la andina y latinoamericana.¹⁹

En América Latina, como se sabe, se han dado procesos de integración económica, los que han posibilitado otras fórmulas como el libre tránsito de personas y bienes, como son los casos de la Comunidad Andina de Naciones, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, la Comunidad del Caribe, la Asociación Latinoamericana de Integración, mas, en la actualidad, el proceso de integración que se ha llevado a su más alto grado lo conforma la Unión Europea.²⁰

d. La atribución de competencias a organismos internacionales o supranacionales

Las organizaciones internacionales, para el cumplimiento de sus fines, tienen personalidad jurídica internacional, como es el caso de la Organización de las Naciones Unidas.

La calidad de sujetos de derecho internacional de los organismos internacionales deriva, de modo general, del tratado constitutivo, diferenciándose la personalidad jurídica erga omnes de la que se reconoce respecto tan sólo de los Estados que la reconocen o constituyen.²¹ Dichas organizaciones tienen la finalidad de coordinar las actividades de los Estados parte, aunque en otros casos su poder decisorio estará por sobre el de los Estados, conformándose un organismo supranacional, lo que no afectará a la soberanía estatal en tanto y en cuanto éste se ha conformado a través de un tratado que le otorga competencias, instrumento que ha sido aprobado en la forma prescrita por la misma Constitución, lo que también hace relación con los procesos integradores de la comunidad internacional.

Existen asuntos que son de clara competencia internacional como los consulares y otros que quedan dentro del ámbito del derecho interno de los Estados, fundamentalmente aquellos referidos al ejercicio de competencias comúnmente asignadas a los órganos del poder público por las constituciones nacionales, las que se refieren, de modo general a la organización del poder del Estado a través de las instituciones políticas, respecto a su territorio, como ya se señaló, y a la población, con el carácter de exclusividad, sin perjuicio de las obligaciones que le genera el Derecho Internacional.

En el caso ecuatoriano se han entregado potestades públicas a organismos internacionales o supranacionales, especialmente en el ámbito de la jurisdicción, en el que se encuentran los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

e. Los tratados sobre derechos humanos

Los derechos humanos son inherentes a la persona humana, como prescripción del Derecho Natural, razón por la cual los Estados se limitan a reconocer derechos fundamentales, principalmente en sus constituciones, mas no los establece. La Constitución ecuatoriana, como lo he señalado en otras ocasiones, no cae en el positivismo estatista a la hora de reconocer derechos humanos, como se determina en el artículo 17 de su texto. Sobre el problema de eventuales contradicciones entre un instrumento internacional sobre derechos humanos y la Constitución ecuatoriana o su legislación secundaria, se tratará en la sección reservada a la jerarquía dispositiva de los tratados.²²

Ecuador es signatario de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre los que destacan los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Estos tratados requieren de aprobación legislativa no sólo porque es común que contengan cláusulas de compromiso de adoptar las disposiciones de derecho interno, inclusive de carácter legislativo, que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades,²³ sino porque, eventualmente, se podrían imponer cargas u obligaciones a las personas con oportunidad de la aplicación del instrumento.

f. El compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley

A primera vista parecería inútil el hecho que un tratado internacional contenga alguna de estas cláusulas desde que, tal como ocurre en otros sistemas comparados, la Constitución ecuatoriana determina que de modo general los instrumentos internacionales gozan de una jerarquía dispositiva superior al de las leyes,²⁴ como se revisará en la siguiente sección de este ensayo. Del mismo modo, se podría pensar que el constituyente ecuatoriano ha dejado la puerta abierta a la discusión de que si la ley contradice el tratado, la primera no cedería de modo definitivo la primacía en beneficio del segundo.

Estimo que ninguno de los asertos reseñados tiene sustento, pues, en primer lugar, como ocurre en muchos casos, al momento de suscribirse el convenio se tiene presente la existencia de un ordenamiento jurídico nacional que rige la vida de una nación y con esta clase de disposiciones lo que se pretende es que la adecuación de las normas internas respecto de las internacionales no sean traumáticas, por decirlo de alguna forma, es decir, se deja abierta la opción a que la legislación interna se acople a las disposiciones contenidas en el instrumento internacional sin que se generen los conflictos normativos que podrían provocarse con la ausencia de esta clase de prevenciones. Por lo expuesto, la utilidad y eventual conveniencia de esta clase de disposiciones no debe ser, entonces, puesta en duda.

Respecto de la segunda afirmación, se hace presente que si el tratado contiene el compromiso de expedir, modificar o derogar leyes nacionales, la única consecuencia jurídica que se produce es que el instrumento debe ser aprobado por el Congreso Nacional, en forma previa a su ratificación. Lo dicho, entonces, no implica afectación alguna a la consagración constitucional de la jerarquía supralegal de los tratados internacionales respecto de las normas de Derecho interno.

Ahora bien, el compromiso de adecuar la legislación interna a los contenidos del convenio internacional debe ser cumplido, derogando o modificando las normas que contradigan al tratado o bien expidiendo los preceptos legales necesarios para su efectiva vigencia, pues, en el evento contrario, se produciría la consecuente responsabilidad del Estado omiso en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Sobre la jerarquía dispositiva de los tratados internacionales

Hasta la cuarta codificación de la Constitución de 1978-79, publicada en el año 1997, no se establecía de modo definitivo la jerarquía dispositiva de los instrumentos internacionales. Generalmente se asumía que tenían rango legal, visto su trámite de formación. En todo caso, vale citar la disposición que se contenía en dicha codificación constitucional que señalaba que: Las normas contenidas en los tratados y demás convenios internacionales que no se opongan a la Constitución y leyes, luego de promulgados forman parte del ordenamiento jurídico de la República.²⁵ La norma citada implicaba el sometimiento de las disposiciones de los tratados internacionales incluso respecto de preceptos de rango legal, lo que no se compadecía con los principios con-

tenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

En la codificación constitucional vigente se establece que las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.²⁶ Como la disposición del Código Político no distingue, se entiende que los tratados internacionales se encuentran por sobre las leyes orgánicas mas su jerarquía es infraconstitucional.

Téngase presente que el artículo 272 del texto constitucional, que declara la primacía de la Constitución sobre las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico y señala la carencia de valor de las disposiciones que la contradicen, omite señalar de modo expreso a los tratados internacionales, lo que no ocurría con el texto original de la Constitución de 1978-79 que señalaba que *No tienen valor alguno las leyes ... y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteren sus prescripciones*²⁷ y que se mantuvo, sin mayores variantes, hasta la cuarta codificación.²⁸

A pesar de lo señalado, la Constitución de 1978-79, en todas sus codificaciones, no se previó control a posteriori de constitucionalidad de tratados internacionales, ni por declaratoria de inconstitucionalidad ni por inaplicabilidad.²⁹

Que de conformidad con nuestra Constitución los tratados internacionales se encuentran sometidos a la supremacía constitucional no hay duda, pues de lo contrario sería inentendible que se les haya asignado control previo de constitucionalidad, pero se debe tener presente una serie de consideraciones al respecto, que a continuación se tratan, y son los asuntos relativos a la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los asuntos de competencia del derecho internacional y el control a posteriori de los instrumentos internacionales.³⁰

El caso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

Los derechos fundamentales no son creación de las constituciones, los textos fundamentales se limitan a consagrarlos y su no reconocimiento no condiciona la existencia de aquéllos ni impide su existencia dentro de un Estado de Derecho. Por lo expuesto, los derechos humanos implican una limitación material implícita al ejercicio del poder constituyente originario, pues éstos no pueden ser eliminados o privar de su goce a todas o algunas personas o grupos de personas, pues ello iría contra una de las finalidades del constitucionalismo y afectaría el fin último del Estado que consiste en servir a la persona humana y promover el bien común.³¹

De tal guisa, el poder constituyente debe respetar las normas contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, aunque no, precisamente, por el instrumento en el que se consagran sino por la materia de la que se ocupan.

En ese sentido, no asigno mayor importancia a la pretendida jerarquización de los tratados internacionales en materia de derechos humanos asignándoles rango constitucional pues, formalmente, los instrumentos internacionales no siguen el procedimiento de creación que se exige para la reforma constitucional. De este modo, en el Ecuador, los tra-

tados internacionales se aprueban en un solo debate, mientras que la reforma constitucional sigue el trámite ordinario de formación de la ley, por lo que se deben realizar dos debates, con la exigencia del plazo de espera de un año entre las dos discusiones, a lo que se debe sumar que los tratados internacionales requieren de un quórum de aprobación de la mayoría absoluta mientras que la reforma constitucional exige del quórum calificado de las dos terceras partes del total de congresistas.³²

Si bien mi apreciación puede resultar extremadamente formalista, considero que se debe tomar en cuenta que los procedimientos para el ejercicio del poder constituyente derivado tienen por finalidad proteger al texto constitucional de mayorías legislativas coyunturales, los que no pueden ser obviados reemplazándolos por otros mecanismos.

Hago presente que, por ejemplo, la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, otorga rango constitucional a determinados instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que señala expresamente, aunque señala que *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*.³³ Respecto de los demás tratados de derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.³⁴ Así, en el caso argentino, la misma Constitución otorga rango constitucional a los tratados expresamente señalados en su texto y permite que otros instrumentos sobre esta materia gocen de esa jerarquía si así lo establece la legislatura con el quórum calificado que se indica, frente a lo cual se debe tomar en cuenta que la reforma constitucional en ese país no es decidida por el Congreso, quien se limita a aprobar la denominada *necesidad de reforma* con el fin de que ésta se efectúe por una Convención convocada al efecto.³⁵

Ahora bien, estimo que la respuesta a la posible contradicción entre las disposiciones de un tratado internacional en materia de derechos humanos con cualquier norma de derecho positivo interno, incluyéndose obviamente a la misma Constitución, no pueden solucionarse acudiendo al principio jerárquico.

La Constitución ecuatoriana no ha caído en el positivismo estatalista a la hora de reconocer derechos fundamentales, pues el artículo 17 del Código Político dispone que el Estado garantizará el eficaz ejercicio de los derechos humanos consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales vigentes. Esta situación se corrobora con el encabezado del artículo 23 de la Constitución que señala que los derechos reconocidos en esa tabla de derechos son sin perjuicio no sólo de los demás derechos consagrados en la misma Constitución sino también de los considerados en los tratados internacionales. A lo dicho se debe agregar que el constituyente no sólo eliminó la exclusividad del derecho nacional a la hora de reconocer derechos, sino que excluyó todo positivismo en esa materia cuando agregó que los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales *no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material*.³⁶ Normas similares aparecen, por ejemplo, en las constituciones del Perú y del Paraguay.³⁷

En caso de contradicción entre un tratado internacional en materia de derechos humanos y la Constitución estimo que no son aplicables ni el principio jerárquico ni el principio *pacta sunt servada*.³⁸ Si se aplicara el principio jerárquico la decisión, ineludiblemente, se inclinaría por la primacía del texto constitucional, salvo para quienes estiman que en esta materia el tratado tiene rango constitucional, pero en ese evento existirían voces muy autorizadas por demás, que sostendrían que Ecuador estaría incumpliendo con sus compromisos asumidos en virtud del instrumento. ¿Cómo se resuelve el predicamento entonces? O bien aplico la Constitución e incumplo la obligación internacional, con lo que se incurriría en responsabilidad internacional, o bien aplico el tratado desechando el texto constitucional, con lo que se vulnera el principio de supremacía constitucional. Insisto en que este predicamento no existe para quienes sostienen el rango constitucional de los tratados en esta materia, criterio que no comparto por lo arriba anotado.

Estimo que en estos casos no se debe aplicar ni el principio jerárquico ni el *pacta sunt servanda*. Considero que si existe contradicción entre disposiciones nacionales e internacionales la situación debe resolverse aplicando la norma que más favorece a la efectiva vigencia del derecho subjetivo, canon de interpretación que ha sido positivizado en el artículo 18, inciso segundo, de nuestro Código Político. Los derechos humanos y su reconocimiento no son patrimonio de ningún orden jurídico positivo, ni del interno ni del internacional, su pervivencia y aplicación no depende siquiera de una consagración positiva, como bien lo reconoce el artículo 19 de la Carta Fundamental ecuatoriana.

Si se quiere, dicho de otro modo, los derechos fundamentales, no los tratados que los reconocen, tienen su propia jerarquía: suprapositiva y, por ende, supraconstitucional, sea cual fuere el instrumento que consagre su reconocimiento, su jerarquía y sean de orden interno o internacional.

Los asuntos de competencia del Derecho Internacional

Como lo ha sostenido el ilustrísimo profesor don Jorge Salvador Lara, la Constitución ecuatoriana, desde hace tiempo, ha prescindido de la influencia de los viejos conceptos de la soberanía absoluta y, de conformidad con las corrientes del Derecho Internacional contemporáneo, en el número 3 de su artículo 4 *declara que el derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas*.³⁹

No tengo el afán de retomar la siempre recurrente discusión entre monistas y dualistas, mas debo hacer presente que, tal como el Derecho Internacional no interviene en asuntos de exclusiva competencia del Derecho interno, este último tampoco debe socavar las cuestiones que se resuelven en el ámbito del Derecho Internacional.

De este modo, tal como no es imaginable que, mediante normas de Derecho Internacional, se pretenda condicionar el ejercicio de las decisiones soberanas dentro del ámbito de los principios de autodeterminación e igualdad soberana de los Estados, tampoco es permisible que por decisiones de carácter netamente internas se pretenda condicionar la efectiva vigencia del orden internacional.

Así, por ejemplo, qué valor jurídico se puede asignar a las disposiciones constitucionales que establecen la extensión territorial o el límite político internacional del Estado sin caer en la relativización de los tratados de límites válidamente suscritos por las naciones.

El control de constitucionalidad de los tratados internacionales

Uno de los principales argumentos de quienes sostienen la infraconstitucionalidad de los tratados internacionales es, precisamente, que a ellos, de modo general, se les asigna control de constitucionalidad, en diversas modalidades de conformidad con cada ordenamiento jurídico. El argumento es de bastante peso, pero al respecto se realizarán una serie de reflexiones, en especial en torno a la ausencia de control de constitucionalidad a posteriori o ex post facto en el Derecho ecuatoriano.

Ausencia de control a posteriori

Como se señaló, una de las novedades de la codificación constitucional de 1998 fue eliminar del vigente artículo 272 la referencia a los tratados internacionales dentro de la cláusula de invalidación de las disposiciones que estuvieren en contradicción o alteren las prescripciones constitucionales.

Del mismo modo, se hace presente que al artículo 276, número 1, de la Constitución no otorga competencia al Tribunal Constitucional para conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad contra tratados internacionales.

En el derecho comparado se encuentran casos en los que se establece control a posteriori de constitucionalidad de tratados internacionales. Así, por ejemplo, el artículo 202 de la Constitución peruana atribuye al Tribunal Constitucional la facultad de conocer, en única instancia, la acción de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución peruana no señala en su texto los actos contra los cuales se puede plantear esta acción, la Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional determina expresamente la posibilidad de impugnar los tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso,⁴⁰ aunque en el sistema peruano se prevé, por disposición de la Ley en comento, la caducidad de la acción de inconstitucional en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la norma,⁴¹ lo que no existe en el Derecho ecuatoriano en el que, por el contrario, el Tribunal Constitucional ha señalado que la acción de inconstitucionalidad es imprescriptible.⁴²

Del mismo modo, si bien la Constitución española señala que las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional,⁴³ la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional establece, dentro de los actos susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, a los tratados internacionales, para lo que se encuentra previsto el recurso de inconstitucionalidad (control abstracto) y la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales (control concreto), ambos de carácter represivo.⁴⁴ Si bien es llamativo el establecimiento de control a posteriori de constitucionalidad de instrumentos internacionales por disposi-

ción de la ley, cuando la Constitución española expresamente señala la forma como dejan de tener vigencia los tratados, sometiendo el asunto al Derecho Internacional, autores españoles lo han justificado en virtud que la Constitución señala, dentro de los asuntos de competencia del Tribunal Constitucional, *las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas*.⁴⁵ Lo dudoso, estimo, sigue siendo que se interpreten normas constitucionales en contra de disposiciones de la misma Constitución, más aún si se tiene presente las declaratorias de inconstitucionalidad *tienen plenos efectos frente a todos*⁴⁶ y, según la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional *tendrán el valor de cosa juzgada (y) vincularán a todos los poderes públicos*,⁴⁷ haciéndose presente que la declaratoria de inconstitucionalidad afecta la vigencia de la norma anulándola.⁴⁸

De modo general, en todo caso, los sistemas comparados no han previsto controles ex post facto de constitucionalidad de tratados internacionales pues, por el principio *pacta sunt servanda*, los instrumentos internacionales deben cumplirse sin que sea posible oponer normas de derecho interno para incumplir dichos compromisos. Se hace presente al efecto que los tratados internacionales no emanan de la voluntad unilateral de los Estados, a diferencia de los actos normativos internos, por lo que su fuerza vinculante no se pierde por decisiones unilaterales. Si el instrumento tiene vicios de consentimiento, como la falta de competencia fundamental del funcionario que lo ha celebrado, la invalidación no puede ser declarada por órganos internos de los Estados.⁴⁹

El control previo de tratados internacionales

Determinada ya la exclusividad del control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales en Ecuador se deben hacer presentes tanto su carácter obligatorio, como los efectos de una eventual prevención de inconstitucionalidad.

a. El control preventivo y obligatorio de constitucionalidad

Al igual que en Ecuador, otros sistemas constitucionales asignan a los tratados internacionales, exclusivamente, control previo de constitucionalidad, tal los casos de Bolivia, Chile y Colombia.

En los casos de Bolivia y Chile el control previo de constitucionalidad de instrumentos internacionales no se ha establecido como obligatorio.

De esta forma, la Constitución boliviana atribuye al Tribunal Constitucional la *constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales*.⁵⁰ A primera vista pareciera que el texto constitucional boliviano sí permite el control a posteriori de tratados, pero la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional aclara toda duda al señalar que cuando exista duda fundada sobre la constitucionalidad de los tratados convenios internacionales, el Presidente del Congreso Nacional, con resolución cameral expresa, *deberá enviar el mismo en consulta al Tribunal Constitucional antes de su ratificación*.⁵¹

Mención aparte merece el Tribunal Constitucional chileno, cuyas facultades en materia de leyes orgánicas, comunes e interpretativas, reformas constitucionales y tratados inter-

nacionales se constriñen exclusivamente al control previo, aunque existe control a posteriori de decretos.⁵² Para que el Tribunal Constitucional analice la constitucionalidad de un tratado internacional, al igual que en Bolivia, se requiere la presentación de una cuestión de constitucionalidad durante su tramitación.⁵³

La Constitución colombiana, por su parte, confía la guarda de su integridad y su supremacía a la Corte Constitucional, a la que, en la especie, faculta para decidir, definitivamente, sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y con tal fin el *Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley*.⁵⁴ Como se observa, la eventual ratificación del instrumento por parte del Presidente de la República se condiciona necesariamente a la declaratoria previa de exequibilidad de la Magistratura, con lo que se consagra el control obligatorio de constitucionalidad en esta materia. Ahora bien, en el caso colombiano el control de constitucionalidad es previo a la ratificación y posterior a la sanción de la ley aprobatoria del tratado, por lo que el control no sólo se dirige al instrumento sino también a la ley que lo ha aprobado.⁵⁵

Del mismo modo en Ecuador, por medio de la reforma constitucional de 1998, se estableció el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales que deben ser aprobados por la Legislatura. Esta es una de las distinciones entre nuestro sistema constitucional y colombiano, pues en este último caso todos los tratados celebrados por el Presidente de la República deben ser puestos a la consideración de la Legislatura como requisito para su eventual ratificación, y, por ende, todos los tratados serán revisados previamente por la Corte Constitucional, como se ha señalado, lo que no ocurre en el Ecuador, en el que aparecen dos diferencias básicas:

La primera consiste en que los únicos tratados que requieren de dictamen previo por parte del Tribunal Constitucional ecuatoriano son los que deben ser aprobados por el Congreso Nacional, tal como se determina en el artículo 276, número 5, de la Constitución, en concordancia con el artículo 162 del Código Político.

La segunda diferencia es que el control obligatorio no se encuentra señalado de modo tan directo en nuestro texto constitucional, pues el artículo 277, inciso segundo, de la Constitución establece que el dictamen del Tribunal Constitucional debe ser requerido por el Presidente de la República. En todo caso, ello no genera mayor dificultad jurídica, pues el artículo 162 de la Constitución señala que la aprobación de los tratados y convenios se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso, mas el inciso segundo del mismo artículo dispone que *Previamente se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución*. De este modo, si el instrumento es de aquellos que deben ser aprobados por el Congreso Nacional, para su eventual aprobación éste, necesariamente requerirá del dictamen del Tribunal Constitucional.

b. El dictamen del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 276, número 5, de la Constitución en concordancia con el inciso segundo del artículo 162 del Código Político, debe emitir el dictamen de constitucionalidad de los instrumentos

internacionales. En su dictamen, el Tribunal Constitucional se limita a señalar si el instrumento es conforme o no con el texto de la Constitución. En el primer evento el Congreso Nacional procederá a aprobarlo o improbarlo,⁵⁷ más en el segundo caso, para su aprobación se requiere de reforma constitucional previa, tal como lo señala expresamente el inciso tercero del artículo 162 de la Constitución al ordenar que: *La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma*.

Como se observa, el Tribunal Constitucional no está facultado para declarar la inconstitucionalidad de un tratado, ni de modo previo ni en forma posterior a su aprobación o ratificación. Si el Tribunal Constitucional estima, dentro del control preventivo, que el instrumento es inconstitucional se debe limitar a indicar qué disposiciones del tratado son contrarias a la Constitución, pues si se considera necesaria la aprobación del convenio se deberán reformar los preceptos constitucionales que serían vulnerados con su vigencia. En este sentido, el dictamen del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del tratado no impide la aprobación del instrumento, sólo la condiciona, con lo que se conforma un verdadero veto suspensivo por razones de constitucionalidad, por denominarlo de alguna manera.

Ahora bien, la rigidez de la Constitución ecuatoriana en verdad hará que el Presidente de la República al suscribir un tratado que contenga disposiciones contrarias al Código Político lo haga con las respectivas reservas, pues el trámite de reforma constitucional es dificultado no sólo por el quórum de aprobación de la reforma de las dos terceras partes del total del legisladores, que en realidad no rigidiza en exceso el texto constitucional vista la unicameralidad de nuestro órgano legislativo, sino por el plazo de espera de un año entre debates que ha detenido muchos intentos de reforma iniciados.⁵⁸

En el sistema boliviano, en el evento que el tratado sea declarado contrario a la Constitución *no podrá ser aprobado*, mas en el caso de instrumentos multilaterales la Ley en comento no impide tal aprobación *siempre que se formule reserva que refleje la decisión del Tribunal Constitucional*.⁵⁹ Como se observa, si bien en Bolivia no se condiciona la aprobación del tratado contrario a las disposiciones de la Constitución a una reforma constitucional el resultado es idéntico al Ecuador: si se desea aprobar el tratado se deberá iniciar la aprobación de la correspondiente ley de necesidad de reforma para que, en la legislatura siguiente, se ratifique el texto, se reforme la Constitución y, en sólo en ese caso, se pueda aprobar el instrumento.

La Constitución colombiana, por su parte, determina que si la Corte Constitucional declara constitucional un tratado aprobado por la Legislatura el Gobierno podrá efectuar el canje de notas y, en caso contrario, *no serán ratificados*, con lo cual también se condicionaría ese trámite a una eventual reforma constitucional y, al igual que en el caso de Bolivia, si se trata de un instrumento multilateral, se condiciona el consentimiento del Presidente de la República a que formule la *correspondiente reserva*.⁶⁰

Si bien la Constitución peruana no establece control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, como acontece en la generalidad de casos reseñados, si prescribe, en similares términos a los de la Carta Fundamental ecuatoriana,

riana, que si el tratado afecta disposiciones constitucionales *debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.*⁶¹ La eventual dificultad que plantea la norma citada es que la decisión de estimar que el tratado afecta disposiciones constitucionales corresponde exclusivamente al órgano legislativo, si es que debe ser aprobado por éste, o por el propio Presidente de la República si no corresponde a la materia del instrumento el trámite legislativo previo a su ratificación, lo que no ocurre en los sistemas de Ecuador y Colombia en los que será un órgano ajeno a su tramitación política el que decida preventivamente su regularidad constitucional.

c. *Las falencias del texto constitucional ecuatoriano*

El problema que se presenta en Ecuador es que, al no requerirse que todos los tratados sean aprobados por el Congreso Nacional, los instrumentos que no se refieran a las materias previstas en el artículo 161 del Código Político tampoco serán objeto de control previo de constitucionalidad. Por ello, el tratado que es celebrado y ratificado por el Presidente de la República, eventualmente podría ser contrario a la Constitución y carecer de control de constitucionalidad.

Un asunto más grave aún es, en todo caso, el posible predicamento de que el jefe del Estado ecuatoriano suscriba un instrumento internacional que se refiera a una de las materias previstas en el artículo 161 de la Constitución y no lo someta a aprobación legislativa, con lo que tampoco será dictaminado por el Tribunal Constitucional, procediendo a su inmediata ratificación y posterior canje o depósito. En ese evento se habrá vulnerado las disposiciones constitucionales que regulan la formación de los tratados en el Derecho nacional, pero no existirán órganos internos que prevengan o anulen el acto inconstitucional. Ese es el grave peligro que se mantiene en nuestro Derecho positivo y que debe ser solucionado.

Téngase además presente que la práctica ecuatoriana de remitir todos los instrumentos al Congreso Nacional para que sea la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales la que en su informe determine si el tratado es de aquellos señalados en el artículo 161 de la Constitución, no solo que es irregular, por no estar prevista en nuestro ordenamiento jurídico positivo, y entrega facultades a un órgano que sólo ejerce potestad informativa, sino que no cubre el problema planteado

Conclusiones

Si por su naturaleza, los tratados internacionales carecen de control a posteriori, deben tener un adecuado control preventivo lo que, como se señaló en la sección anterior, no acontece en el sistema ecuatoriano. Para solucionar el predicamento existen dos caminos alternativos, uno a través de una reforma constitucional y otro por medio de una reforma legal.

Acudiendo al Derecho comparado, estimo que el sistema colombiano de control de constitucionalidad es el adecuado, no sólo porque todo tratado debe ser conocido por la Corte Constitucional sino porque esta Magistratura analiza la exequibilidad de la ley aprobatoria del instrumento, lo que no acontece en Ecuador en el que el Tribunal Constitucional se limita a dictaminar el contenido del tratado mas no realiza pronunciamiento sobre su posterior trámite de aprobación legislativa en el que se pueden incurrir en vicios de procedimiento, especialmente en relación al quórum de aprobación.

De este modo, en Ecuador sería conveniente que todo tratado deba someterse a análisis de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional antes de su ratificación por parte del Presidente de la República pues, con ello, se fiscalizaría que el instrumento ha sido tramitado en la forma prevista por la Constitución y que su contenido es conforme al Código Político, manteniendo la misma disposición vigente de que en caso que el instrumento vulnere disposiciones constitucionales, se deba requerir reforma constitucional previa. Con ello, por añadidura, se pueden obviar problemas respecto de la vigencia de un tratado y su cumplimiento en aplicación del pacta sunt servanda sin que se perjudique el principio de supremacía constitucional.

Ahora bien, se debe considerar que el trámite de reforma constitucional en Ecuador es dilatado, si bien no excesivamente rígido, por lo que también debo hacer presente la segunda opción, que implica una reforma legal.

La Ley del Control Constitucional no regula el trámite del control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, pues fue publicada en 1997 y este sistema de control se instaura en la codificación constitucional de 1998.

En este sentido, sería conveniente que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional previera que todo tratado internacional suscrito por el Ejecutivo sea remitido al Tribunal Constitucional. Esta Magistratura debería, en primer término, establecer si el instrumento corresponde a alguna de las materias señaladas en el artículo 161 de la Constitución. En el evento que así fuese, el Tribunal debería proceder a dictaminarlo en forma previa al trámite legislativo y, en caso contrario, debería devolverlo al Presidente de la República para su ratificación. Con ello se evitaría el peligro de que el Presidente de la República ratifique sin aprobación legislativa los tratados que se refieran a materias señaladas en el artículo 161 del Código Político.

Notas

1. Este ensayo fue escrito en homenaje al profesor doctor Jorge Salvador Lara, para ser publicado en el Libro de Amigos del ilustre maestro.
2. 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.
3. *Constitución Política del Ecuador, artículo 164.*
4. 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.
5. *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.
6. Cfr. Hernán Salgado Pesantes, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ildis, 1987, pág. 39.
7. *Constitución Política del Ecuador*, texto original, artículo 85, en que se los denomina simplemente ministros, mas la sección III del título II de la segunda parte de la Constitución se denomina *De los Ministros Secretarios de Estado*, lo que se mantuvo hasta la cuarta codificación. La codificación vigente habla solo de ministros de Estado en sus artículos 176 y siguientes.
8. *Constitución Política del Ecuador, art. 176.*
9. *Constitución Política del Ecuador, texto original de 1978-79, art. 78, letra f.* Igual artículo y letra de la primera codificación de 1984; artículo 79, letra e, de la segunda codificación de 1993; y artículo 103, letra f, de la tercera y cuarta codificaciones, ambas de 1997.
10. En la historia ecuatoriana se recuerda el caso del Tratado Herrera - García de 1890 que fue modificado por el Congreso peruano, lo que llevó la negociación territorial al fracaso.
11. *Constitución Española, artículo 94.1: La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. De esta manera, las Cortes Generales autorizaron el consentimiento para la adhesión al Tratado del Atlántico Norte, según aparece en el Boletín Oficial del Estado N° 129 de 31 de mayo de 1982. Constitución Política de Guatemala, artículos 171, letra l, y 172: Artículo 171.- Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso: l) Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1) Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos. 2) Afecten del dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes dentro del ámbito centroamericano. 3) Obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda el uno por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado. 4) Constituyan compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales. 5) Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional. Artículo 172.- Mayoría calificada. Aprobar antes de su ratificación, con el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional, cuando: a) Se refieran al paso de ejércitos extranjeros por el territorio nacional o el establecimiento temporal de bases militares extranjeras; y, b) afecten o puedan afectar la seguridad del Estado o pongan fin a un estado de guerra. Constitución Política del Perú, artículo 56°.- Aprobación. Los Tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la Re-*

Notas

- pública, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.
12. Constitución Política de Costa Rica, artículo 121, número 4, reformado por la Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968.
 13. Cfr. Carta de la Organización de los Estados Americanos, art. 20. En nuestro caso, la violación del territorio de un Estado puede ocasionar la activación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, en virtud de la disposición contenida en su artículo 9, letra a. Para mayor abundamiento, la invasión territorial ha sido determinada como un acto de agresión en la letra a del artículo 3 de la Resolución 3314 (XXIX) de 1974 (Definición de Agresión).
 14. El principio de inalienabilidad territorial se consagra en el artículo 2 de la Constitución Política del Ecuador.
 15. Cfr. Ramiro Borja y Borja, Teoría General del Derecho y del Estado, Buenos Aires, Depalma, 1977, pág. 577.
 16. Cfr. Hans Kelsen, Principios de Derecho Internacional, Buenos Aires, El Ateneo Editorial, 1965, pág. 74. Hugo Llanos Mansilla, Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, 2ª ed., tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 616.
 17. Esta información aparece en las páginas 9 y 10 de la contestación que el Ministro de Relaciones Exteriores dio respecto de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra el Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos, caso N° 032-2000-TC.
 18. Cfr. Tribunal Constitucional, Resolución N° 012-2001-TP.
 19. Constitución Política del Ecuador, artículo 4, número 5.
 20. Cfr. César Montaña Galarza, *Derecho de Integración*, Loja, U. Técnica Particular de Loja, 2000. En este texto, el autor, además de escritos propios, reproduce el de Miguel Angel Ekmekdjian, *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 3-21 y el de Marcos Kaplan, *Derecho de la Integración Latinoamericana*, en José Luis Soberanes (compilador), *Tendencias Actuales del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 124-133.
 21. Cfr. Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 29-30.
 22. Vid. *Infra*, la sección III, párrafo 1.
 23. Vgr., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 2.
 24. Constitución Política del Ecuador, artículo 163.
 25. Constitución Política del Ecuador, cuarta codificación, artículo 94.
 26. Constitución Política del Ecuador, artículo 163.
 27. Constitución Política del Ecuador, texto original, artículo 137.
 28. Constitución Política del Ecuador, cuarta codificación, artículo 171.
 29. Para efecto de la inaplicabilidad siempre se utilizó el término *precepto legal*, hasta la vigente codificación constitucional en la que se señalan, expresamente, las normas que pueden ser declaradas inaplicables dentro del control difuso.
 30. Este asunto se tratará en la sección IV de este ensayo.
 31. Al respecto, vid. Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, pág. 22, autor que señala que *podría debatirse la extensión, en la nómina de garantías constitucionales, (...) pero no cabe duda que, con certeza, el ejercicio de la soberanía nacional y popular no podrá eliminar, ni siquiera coartar, derechos fundamentales*.
 32. Constitución Política del Ecuador, artículos 162, inciso primero, y 282, inciso primero.
 33. Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, número 22, inciso segundo: *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el*

Notas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...

34. *Constitución de la Nación Argentina*, artículo 75, número 22, inciso tercero.
35. *Constitución de la Nación Argentina*, artículo 30.
36. *Constitución Política del Ecuador*, artículo 19.
37. *Constitución Política del Perú*, artículo 3. *Constitución Nacional del Paraguay*, artículo 45.
38. Este mismo punto de derecho lo sostuve ya en: *Límite y Limitaciones al Poder Constituyente*, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, P. U. Católica de Chile, Santiago, 1998, pág. 78-79; y, *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico*, en *Revista Jurídica Ruptura*, N° 44, AED, Quito, 2001, pág. 25-26.
39. Jorge Salvador Lara, *Apuntes de Derecho Internacional Público*, P. U. Católica del Ecuador, Quito, 1990, pág. 10.
40. *Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional*, artículo 20, número 4.
41. *Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional*, artículo 26, modificado por la *Ley N° 26.678* de 7 de junio de 1996.
42. En todo caso, lo señalado respecto del sistema peruano es sin perjuicio del control concreto de constitucionalidad.
43. *Constitución Española*, artículo 96.1.
44. *Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional*, artículos 27.2, letra c, 31 y siguientes y 35 y siguientes.
45. *Constitución Española*, artículo 161.1, letra d.
46. *Constitución Española*, artículo 164.1.
47. *Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional*, artículo 38.1.
48. *Constitución Española*, artículo 164.2 y *Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional*, artículo 39.1.
49. *Cfr. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, artículos 26, 27 y 54 y siguientes.
50. *Constitución Política de Bolivia*, artículo 120, letra i. En idénticos términos el número 10 del artículo 7 de la *Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional* señala que son atribuciones de esa Magistratura, conocer y resolver *la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales*.
51. *Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional*, artículo 113.
52. *Constitución Política de Chile*, artículo 82.
53. *Constitución Política de Chile*, artículo 82, número 2. La cuestión de constitucionalidad debe ser presentada por la cuarta parte de los integrantes de las cámaras.
54. *Constitución Política de Colombia*, artículo 241, número 10.
55. Cfr. Gaspar Caballero Sierra y Marcela Anzola Gil, *Teoría Constitucional*, Temis, Bogotá, 1995, pág. 376-377.
56. *Constitución Política de Colombia*, artículos 150, número 16, y 189, número 2.
57. *Constitución Política del Ecuador*, artículo 130, número 7.
58. Téngase presente que la única reforma constitucional a la codificación de 1998 aprobada y sancionada hasta la fecha ha sido la relativa al artículo 233, inciso primero, que elimina a los consejeros provinciales no elegidos por votación popular directa, la que se publicó en el Registro Oficial N° 567 de 2 de mayo de 2002. Ello en un país como el nuestro, que durante la década de los noventa inició una marea de reformas constitucionales, lo que motivó la incorporación del mencionado plazo de espera de un año entre debates.
59. *Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional*, artículo 115.
60. *Constitución Política de Colombia*, artículo 241, número 10.
61. *Constitución Política del Perú*, artículo 57, inciso segundo.

La justicia de paz en la vigente Constitución Política de la República

Introducción

El artículo 191 de la vigente Constitución Política de la República otorga al Poder Judicial la competencia para resolver los conflictos de jurisdicción judicial, es decir, para resolver los conflictos de competencia entre los Poderes Judicial y Legislativo, y entre los Poderes Judicial y Ejecutivo.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

El recurso de amparo es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

Los conflictos de jurisdicción judicial se resuelven mediante el recurso de amparo, el cual es un recurso de protección que se interpone ante el Poder Judicial para que se declare la nulidad de los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que violen los derechos fundamentales de las personas.

SECCIÓN LIBRE

SANTIAGO ANDRADE UBIDIA

La justicia de paz en la vigente Constitución Política de la República

JAIME VINTIMILLA SALDAÑA

Ausencia del Estado, violencia, derecho y justicia comunitari. El caso de las juntas campesinas

DOMINGO GARCÍA BELAÜNDE

El Habeas Corpus en América latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México

JUAN MANUEL SOBRINO HEREDIA

De las constituciones de los Estados Nación al "tratado-constitución" de la unión europea

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Lógica del amor y lógica del amo. Reflexiones sobre una teoría agonal del Derecho

ÁLVARO ROMÁN

El daño ambiental

HUGO A. ACCIARRI

La responsabilidad civil en el proyecto de código argentino de 1998.

Los objetivos de prevención y eficiencia en el derecho de daños

USFQ - BIBLIOTECA

Santiago Andrade U.

La justicia de paz en la vigente Constitución Política de la República

Introducción

El artículo 191 de la vigente Constitución Política de la República dice: El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

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.

Esta disposición constitucional:

- declara que corresponde única y exclusivamente a la Función Judicial el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sentando a la vez dos principios trascendentales: 1 del carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado y 2 de la unidad jurisdiccional;
- crea las judicaturas de paz que se encargarán de resolver en equidad los conflictos individuales, comunitarios y vecinales, de conformidad con la ley respectiva;
- reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley; y,
- dispone que las autoridades de los pueblos indígenas ejerzan funciones de justicia, en los casos y con las características que la misma norma constitucional señala.

De inmediato se verá el significado y alcance de los dos principios enunciados en la letra a, para a continuación analizar lo relativo a la justicia de paz a que se refiere la letra b, por ser el tema central de este trabajo.

Principio del carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado

En el sistema liberal, el carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado es *un principio elemental, sin el cual la vida en comunidad se haría imposible en forma civilizada, pues es fundamento de la existencia misma del Estado, como organización jurídica. Sus consecuencias son: prohibición de la justicia privada y obligatoriedad de las decisiones judiciales.*¹

Sin embargo, el monopolio estatal sobre la administración de justicia no funcionó de la mejor manera, *la realidad no era necesariamente lo que desde el Estado se pretendía. A pesar del imperio teórico del monopolio estatal de la administración de justicia, en los escenarios más inmediatos de la vida social, en mayor o menor medida, tienen mucha actividad las instituciones comunitarias como la familia, el barrio, la vereda, los liderazgos carismáticos. Ello llevó a que, en la práctica, muchos de los temas de la vida, difícilmente se abordaran a partir del Derecho y menos por los tribunales. Superada la concepción liberal clásica y la del estado de bienestar, con el paradigma neo-liberal El Estado comienza a ceder el espacio a otros actores en la administración de justicia. Pasó de desconocer la existencia de formas de justicia no estatales a definir políticas de reconocimiento y promoción de las mismas. Se cambia su posición monopolista en la administración de justicia por una de cooperación con el papel que pueden jugar otros actores en la resolución de los conflictos.*²

Con el avance del neoliberalismo en Ecuador, se inicia este proceso así es como en las reformas constitucionales de 1996 se constitucionaliza el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias; pero el arbitraje había estado ya reconocido desde antes, tanto en el Código de Procedimiento Civil⁴ como en la Ley Orgánica de la Función Judicial y en la Ley de Arbitraje Comercial,⁵ constituyendo lo que se denomina la jurisdicción *contractual*; lo novedoso de la reforma de 1996 es el haber introducido la figura en la Constitución Política, agregándola lo atinente a la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias. En las reformas de 1998 se avanza mucho más ya que en los incisos 2°, 3°. y 4° del artículo 191 se admiten otros sistemas de *cogestión de los conflictos*⁶ lo cual en el fondo refleja la profundidad que ha alcanzado en Ecuador el proceso de *desprofesionalización* y *desjudicialización* de la resolución de los conflictos entre los ciudadanos, así como la apertura neo-liberal y el reconocimiento del derecho de los grupos sociales para aplicar formas de solución de sus conflictos más allá del sistema legal (resolución por equidad) y de los pueblos indios para que se aplique su derecho consuetudinario por sus propias autoridades.

Principio de la unidad jurisdiccional

En el texto constitucional vigente se consagra el principio de la unidad jurisdiccional, es decir, que los órganos que administran justicia deberán pertenecer todos ellos a la Función Judicial. Inicialmente, en 1983⁷ se confundió este principio con el de la impugnación en sede jurisdiccional

de los actos de la administración, ya que se señaló que la posibilidad de impugnar en sede jurisdiccional los actos emanados de la administración pública era una *consecuencia* de la unidad jurisdiccional,⁸ cuando en realidad lo es del principio de constitucionalidad y de legalidad, cuyo necesario control lo realizan los órganos judiciales señalados por la Constitución Política y la Ley (el Tribunal Constitucional realiza el control directo de la constitucionalidad, y los órganos judiciales el control difuso de la misma y el control directo de la legalidad).

En virtud de este principio, *el ejercicio de la potestad judicial corresponde exclusivamente a los magistrados, jueces y tribunales determinados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales*, conforme declaraba la reforma constitucional de 1996.⁹

Devis Echandía señala que *si la jurisdicción es por un aspecto, la soberanía del Estado aplicada a la función de aplicar justicia y, por otro lado, el derecho subjetivo del Estado a someter los intereses particulares al interés público en la realización del derecho objetivo mediante el proceso, es claro que cualquiera que sea la materia a que se aplique, las personas que sean partes en el proceso y la clase de litigio o de problema que requiere su intervención, se tratará siempre de la misma función y del mismo derecho. En síntesis, conceptualmente la jurisdicción es una, y esa unidad emana de su naturaleza. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional del Estado es también uno solo y a él pertenecen los funcionarios encargados de administrar justicia (rama civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, aduanera, de la justicia militar, constitucional y disciplinaria)*.¹⁰

Jorge Zavala Egas encuentra que el principio de la unidad jurisdiccional es una de las garantías del debido proceso: en efecto, al tratar de la garantía básica de la tutela jurisdiccional, consagrada en el artículo 24 N° 17 de la Carta Fundamental, que es uno de los medios de asegurar el debido proceso que consigna el artículo 23 N° 27 *ibidem*, dice: *...debemos estar conscientes que el acceso a la jurisdicción excluye el que se puedan mantener órganos con poder jurisdiccional fuera del Poder Judicial, por ello la norma prescribe la necesidad de la imparcialidad de los órganos que presten la tutela requerida. Y ello explica el porqué del mandato constante en el artículo 191 de nuestra Constitución que se cumpla el principio de la unidad jurisdiccional...*¹¹

Ubicación del tema de la justicia de paz en el debate nacional

Lo relativo a la mediación y al arbitraje no ha llamado la atención de los juristas porque no es un tema nuevo; en efecto, ya había sido objeto de la reforma constitucional de 1996,¹² y a su amparo se dictó la Ley de Arbitraje y Mediación¹³, que incluye un capítulo sobre mediación comunitaria.

El tema del ejercicio de funciones de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas, en cambio, ha originado un debate que cada día se intensifica; sin lugar a dudas que uno de los determinantes para que se haya despertado tanto interés en el tema es el rol social y político que están cumpliendo las organizaciones indígenas, lo que ha llevado in-

clusivo a magnificarlo porque, sin minimizar de modo alguno la importancia de las comunidades indígenas, particularmente en algunas provincias de la sierra norte y de la región amazónica, la realidad nacional es que la mayoría de la población tanto urbana como rural es mestiza y afro-ecuatoriana a más de que un importante número de indígenas no vive en comunidades; además, debe reconocerse que de los mestizos, afro-ecuatorianos e indígenas que viven en centros urbanos o en áreas rurales pero sin pertenecer a una comunidad indígena, un alto porcentaje también sufre por la pobreza y la marginación y que ellos igualmente necesitan ser atendidos satisfactoriamente por el Estado en sus necesidades básicas, entre las cuales se encuentra la del acceso a una administración de justicia confiable, que resuelva rápidamente y conforme a derecho sus controversias.

En cambio, el tema de la justicia de paz, que está destinada a servir a esa mayoría de ecuatorianos, habitantes del sector rural y de los sectores urbanos marginales, no ha despertado mayor interés, y aparte de los trabajos que viene realizando CIDES¹⁴ (y alguna otra organización de la sociedad civil) así como del estudio para la preparación de un proyecto de ley sobre la justicia de paz que lleva adelante la Corte Suprema de Justicia, no se conoce de otros esfuerzos en este campo.¹⁵

Estas líneas buscan llamar la atención sobre el tema de la justicia de paz, indebidamente preterido, porque sin lugar a dudas es un instrumento idóneo para *construir la paz*. Sin justicia no hay paz, pero ni a la paz ni a la justicia se las encuentra casualmente, sino que se deben construir día a día, ya que *la paz es obra continua de la libertad y la justicia social donde la dignidad humana se materializa en una democracia genuina*.¹⁶

La "Informalización" del derecho

El artículo 191 de la Constitución Política en sus incisos 2, 3 y 4 recoge el fenómeno que se suele denominar de la *informalización del derecho*,¹⁷ resultado de una nueva forma de mirar el derecho y la justicia.

En efecto, se cuestiona seriamente el papel desempeñado por la justicia formal en la construcción de la paz, ya que se anota que *ha sido la prevalencia del derecho oficial, con su cultura del litigio, su interrelación juez-abogado-partes, el predominio de la ley escrita, la resolución del conflicto legal en términos de ganadores y perdedores lo que nos ha conducido al laberinto de la justicia inaccesible que hoy padecemos*.¹⁸ Ardila afirma que *después de dos siglos de campear desde las facultades de Derecho el mito de la homogeneidad del sistema jurídico y el presunto monopolio de la administración de justicia por parte del Estado, grandes cambios se están dando... Nos encontramos en una época en la que los órganos jurisdiccionales del Estado parecerán ceder grandes terrenos a actores relativamente ajenos al aparato estatal. Los referentes en la toma de decisiones adquieren matices que para algunos producen asistematicidad y la percepción de que estamos frente a una desintegración del derecho. Hoy concurren con los mecanismos tradicionales, instrumentos de manejo de conflictos que se constituyen de manera diversa, y que cuentan con metodologías y referentes con hondas divergencias entre sí y con las formas oficiales*.¹⁹ El autor citado señala que entre los modelos

de administración de justicias, el prevalente ha sido el *impe-ratorio-adjudicatorio*²⁰ que caracterizaría la justicia penal y la mayor parte de las formas y de las prácticas judiciales del modelo estatal de manejo de conflictos *porque es el juez quien toma la decisión a partir de un referente externo al conflicto que se define en la ley;*²¹ este modelo cumplió y cumple un papel positivo, pero contemporáneamente se reconoce que tiene ciertos límites *que no le permiten alcanzar sus pretensiones como herramienta privilegiada o monopó-lica de administración de justicia;*²² estos límites serían:

1. La constatación de que la mayor parte de los conflictos *no se resuelven judicialmente.* En efecto, no obstante que ha habido una expansión de la oferta de derecho, sin embargo los procesos radicales de migración y urbanización han desvertebrado las estructuras e instituciones sociales, lo que ha provocado una mayor demanda de la jurisdicción y el Estado no tiene capacidad de crecer al mismo ritmo de la demanda, por lo que cada vez un mayor número de causas se van rezagando o ni siquiera ingresan para su conocimiento en las instancias judiciales.²³

Esta situación es generalizada en los países de Latinoamérica. Es ilustrativa la realidad mexicana, descrita por Claudia Vinay Rojas²⁴ de la siguiente manera: *En México, como sucede en otros países latinoamericanos, la justicia no es para todos, o por lo menos es cualitativa-mente diferente para distintos grupos o sectores. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17 consagra el derecho de todos los habitantes a acceder a la justicia. Dicho artículo establece que Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes (...) Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales". En la práctica esta disposición no se cumple, ya que la justicia sí tiene costos y sí hace diferencias entre los sectores de la población. La calidad de la justicia no es la misma cuando se paga por ella que cuando no. Es bien sabido que los abogados particulares que cobran altos precios por su trabajo, suelen dedicar más tiempo y recursos a la defensa de sus clientes y, en consecuencia, tienen resultados favorables con mayor frecuencia. Por otro lado, si alguien se atiene a la impartición pública de la justicia, se encontrará con trámites engorrosos y complicados así como con la ineficiencia de los defensores de oficio que se deriva de una sobrecarga de trabajo, falta de incentivos laborales, recursos e inclusive capacitación. Un problema adicional es la marginación en la que vive una parte importante de la población, hecho que obstaculiza su acceso a los mecanismos judiciales formales, ya que el traslado hacia las instancias de impartición de justicia es complicado, implica costos y muchas veces los ciudadanos desconocen la ubicación y la competencia de las instancias disponibles. En ocasiones hay un solo juzgado de distrito que atiende los casos en todo un estado.*

2. El relativo a la calidad de las decisiones. Ardila anota que el resultado para la parte ganadora no es necesariamente lo que ella preferiría y en muchos casos las decisiones suelen ser ilegítimas frente a comunidades amplias.

Uprimny señala que *desde el punto de vista socio-cultural, en muchas ocasiones las «soluciones» previstas por el derecho forman del Estado no sólo no son adecuadas sino que aparecen como injustas e incomprensibles para los sectores de la población que no comparten íntegramente los valores incorporados en el derecho positivo.*²⁵

Viñay, en la misma línea de constatación de la realidad, dice que *Otro factor que influye en el acceso a la justicia en el nivel comunitario es la desconfianza que se deriva de las divergencias entre los métodos formales de impartición de justicia y aquellos apegados a los usos y costumbres propios de las comunidades. Esta desconfianza es producto en gran medida de los abusos, descalificación y retrasos de que son objeto los miembros de dichas comunidades al acercarse a abogados o jueces formales.*²⁶

3. Lo que tiene que ver con la eficacia de las decisiones jurisdiccionales: Ardila señala que *la sociología del derecho viene demostrando cómo el modelo adjudicatorio difícilmente es útil ante lo que se denominan relaciones continuas.*²⁷ En efecto, cuando los litigantes están relacionados únicamente por el objeto del litigio, una decisión judicial puede ser el mecanismo apropiado para poner fin a la controversia, pero si las partes tienen un conjunto de relaciones que desbordan el objeto de la controversia, *lo más posible es que un proceso judicial o una sentencia no sea realmente eficaz y que cauterizado uno de los focos del problema, éste haga metástasis en otros niveles o que incluso una decisión del juez sea un agravante del conflicto.*²⁸ Es particularmente claro este problema en el caso de las vecindades que se van formando en los sectores periféricos de las grandes urbes y de las poblaciones en formación, y de las nacientes comunidades en los sectores rurales de colonización, en que hay conglomerados humanos heterogéneos, en que los individuos o los pequeños grupos muchas veces se ven enfrentados a otros por intereses económicos, en que no existen frenos sociales ni elementos culturales que los cohesionen, por lo que fácilmente acuden al atajo de la violencia como mecanismo de solución de los conflictos, porque simplemente la justicia *formal* no funciona en esos espacios. Esto se debe a que *Hemos ignorado la importancia de la esencia de la administración de justicia, para lo cual es preciso desnudar la exigencia científica prevalente en el derecho formal, a fin de visualizar su componente social y cultural.*²⁹

Hay, pues, tres campos en que se manifiesta vívidamente esta crisis de la justicia formal: en las pequeñas causas, en los conflictos comunitarios y en los conflictos vecinales.

El redescubrimiento de la justicia de paz

En la búsqueda de mecanismos que contribuyan a restablecer la accesibilidad a la justicia en las áreas señaladas, en nuestra patria como en muchos otros países, se ha vuelto la mirada al pasado y se ha redescubierto la figura de la justicia de paz, porque *la figura de los jueces de paz corresponde, por naturaleza, a quienes directamente viven y sufren el conflicto, especialmente a quien se adentra en sus primigenias causas, a quien le interesa no sólo resolver el conflic-*

to per se, sino extinguirlo en sus más hondas raíces,³⁰ lo cual en definitiva implica que una justicia humanizada se adentra en la médula del grupo social y sabe solucionar los conflictos, aliviar las tensiones y restablecer la solidaridad ya que su ejercicio es la más pura expresión de la justicia del grupo, de la comunidad alejada de la rigidez jurídica. Implica, entonces, la flexibilización del centralismo judicial, reconociendo la existencia de normas de convivencia autónomas propias de cada grupo social fruto de su evolución y experiencia histórica.³¹

Uno de los más graves problemas que enfrenta actualmente la organización estatal es el de la progresiva pérdida de su presencia en porciones cada vez mayores del territorio nacional, fenómeno del que no se ha librado la administración de justicia formal. Se ha señalado que debido a una inadecuada política judicial, el Estado ha ido perdiendo presencia en vastas zonas del territorio nacional, y en especial, en la misión fundamental de impartir y administrar justicia. Este vacío de poder, determinó que las comunidades y poblaciones ubicadas en estas zonas crearan sus propias autoridades, de acuerdo a las tradiciones históricas y la aplicación de la costumbre... En este marco, la justicia de paz, como parte del sistema judicial formal pero con características especiales, podría constituirse en el ente integrador de la experiencia espontánea de las comunidades en la resolución de conflictos, y el aparato formal de administración de justicia.³²

El fin de la justicia de paz es alcanzar la convivencia armónica de la comunidad gracias a la aplicación de las reglas de conducta no impuestas sino adoptadas directamente y en forma voluntaria por quienes la conforman.

Este proceso de sinceramiento de la justicia con la comunidad, al que como se ha señalado se lo denomina de la *informalización judicial*, según Boaventura de Souza Santos,³³ se caracteriza por:

1. El énfasis en resultados mutuamente acordados, en vez de la estricta obediencia normativa.
2. El reconocimiento de la capacidad de las partes para proteger sus propios intereses y conducir su defensa mediante un proceso desprofesionalizado.
3. La selección de un no-jurista como tercera parte neutral.
4. El pequeño o casi nulo poder de coerción (lo tendrá en la medida que la comunidad lo pueda construir).

Antecedentes de la justicia de paz y de la conciliación en el Ecuador

a. La justicia de paz: En Ecuador se mira con desconfianza, e inclusive con prejuicio, todo lo que se refiere al período colonial; particularmente lo que dice relación con el derecho, la posición de los estudiosos ha sido de rechazo y prescindencia de lo que ocurrió durante esos tres siglos de la vida nacional, lo que ha conducido a un total descuido del estudio de las instituciones y del marco legal que rigió en el territorio que actualmente conforma la República del Ecuador. Pero en la conciencia popular no fue borrado totalmente el derecho colonial y ha subsistido en forma de costumbres que, por el rechazo oficial al derecho consuetudinario, no han merecido la menor preocupación por analizarlas y establecer su validez.

Durante el período colonial, para la Audiencia de Quito al igual que para las restantes colonias españolas, se dio la *Legislación de Toledo*, que dispuso la creación de los "Alcaldes Ordinarios", a los que se denominó los *alcaldes de hermandad en zonas urbanas*. Estos podrían ser considerados como los antecesores coloniales de los jueces de paz no letrados. Para la población indígena se estableció un sistema de justicia similar que estuvo compuesta por los "jueces pedáneos". Los *alcaldes de hermandad* tenía como misión, juzgar a los naturales o indígenas en sus relaciones jurídicas con los españoles o a las que se daban sólo entre éstos, mientras que los *pedáneos* debían solucionar únicamente los asuntos judiciales entre naturales. Los *alcaldes de cada pueblo* eran los encargados de administrar justicia, ante quienes los vecinos de la comunidad recurrían para la solución de sus problemas. El *alcalde* no necesariamente debía ser licenciado o abogado, porque sus fallos tenían como fundamento la lógica del hombre, que sólo aspiraba al bienestar de los miembros de su comunidad.³⁴

Primero con la reforma borbónica, imbuida del pensamiento iluminista, y después, en la época de la independencia, con la adopción del concepto liberal del Estado, en el cual el monopolio de la producción legislativa correspondía al poder legislativo, el único que podía dictar, interpretar y derogar leyes, y el de la administración de justicia al poder judicial, en el cual los jueces eran meros aplicadores de la ley, se desconoce por completo el valor de la costumbre como fuente generadora del derecho, salvo que la propia ley estatal se remita a ella, e igualmente se niega por completo la posibilidad de que existan otros niveles de resolución de los conflictos, fuera de la estructura judicial estatal.³⁵

En la Constitución Quiteña de 1812,³⁶ artículo 46, se reconoció expresamente a los *alcaldes ordinarios* y a los *pedáneos*; las Constituciones Políticas de la República no tratan de la justicia de paz sino hasta 1998; sin embargo, en la primera época de la República, la ley encargó a los *alcaldes municipales promiscuamente denominados jueces de primera instancia*³⁷ el *hacer el oficio de jueces conciliadores y de paz en materias civiles y en causas de injurias* (artículo 67 N° 9 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*) y a los *jueces parroquiales* "hacer el oficio de jueces de conciliación y de paz en las causas sobre injurias, delitos leves y las civiles de su competencia. (Artículo 70 N° 3 y 4 *ibídem*).³⁸

En el año 1884, con la promulgación de la nueva *Ley Orgánica del Poder Judicial*,³⁹ en los artículos 52, (de los *alcaldes municipales*) y en el 58 (de los *jueces parroquiales*), se elimina de entre sus atribuciones el actuar como *jueces conciliadores y de paz*.

No se ha establecido las razones por las cuales se les privó de esta facultad a los *alcaldes municipales* y *jueces parroquiales*, posiblemente se deba a la lógica de la concentración del poder en la justicia formal y a la *legalización* de la administración de justicia.⁴⁰

El Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Gobierno⁴¹ atribuye a los *intendentes*, *subintendentes* y *comisarios nacionales* las funciones de *jueces de paz*.

b. La conciliación: tanto la *Ley de Procedimiento Civil* de 1831 como la de 1835⁴² contenían en lugar destacado, inmediatamente después del señalamiento del orden de la observancia de las leyes, en el capítulo 2° la posibilidad de conciliar. Es destacable que habiendo sido leyes de apenas

223 artículos la primera y de 226 la segunda, sin embargo dedicó 11 artículos cada una de ellas al tema. La conciliación podía intentarse ante los alcaldes municipales o los tenientes pedáneos, o en los juzgados eclesiásticos, pero si eran dos o más los demandados debía verificarse ante el juez del domicilio de uno de los demandados, en que estos y el demandante convengan (artículo 5); se necesitaba capacidad para transigir y la materia eran negocios contenciosos, civiles o por injurias y en causas de divorcio (artículo 4); para promover la conciliación no era necesario petición por escrito, bastando que se solicitare verbalmente *en cuyo caso el juez señalará el día y la hora en que deba verificarse este acto* (artículo 6); se podía comparecer por medio de apoderado constituido especialmente para el efecto por una carta poder (artículo 7); si las partes comparecían por sí o por apoderados, *el juez las oirá y procurará transigirlas, y avenirlas entre sí, proponiéndoles los medios, que crea eficaces para que haya entre ellas una conciliación amigable* (artículo 8); terminado el acto de conciliación, el juez debía extender una diligencia *que contenga los medios propuestos por él, y los términos y condiciones de la aveniencia, si la ha habido* (artículo 9); el acta debía sentarse en un libro *que con este objeto tendrán y custodiarán los jueces conciliadores, y será firmada por el juez y las partes; pero si alguna de ellas no supiere firmar, lo hará un testigo a su ruego. De esta diligencia se dará a cada una de ellas, copia certificada si la pidiere* (artículo 10); por los actos señalados no se causaban *en ningún caso otros derechos que los de lo escrito, y los de la certificación conforme a arancel* (artículo 11); las convenciones de las partes que resultaren de la conciliación *y que consten de la diligencia, tienen fuerza de obligación pública* (artículo 12). El texto de la primera ley se conservó en las Leyes de Procedimientos Civiles de 1843⁴³ y de 1848.⁴⁴

En esta última únicamente se cambió el nombre de *tenientes pedáneos* por el de *tenientes parroquiales* y se incluyó la posibilidad de conciliar también en los juzgados militares. En la Ley de Procedimiento Civil de 1863 se cambia la denominación de tenientes pedáneos o tenientes parroquiales por la de juez parroquial; la audiencia de conciliación podía ser secreta según las circunstancias o la materia de la conciliación (artículo 6, lo que no estaba previsto en las leyes anteriores), el cobro de otros derechos que los señalados en la ley se penalizaba como delito de estafa (artículo 11, lo que no se había tipificado en las leyes anteriores); *y las convenciones de las partes que resulten de la conciliación y que consten de la diligencia, tienen fuerza de instrumento público.* (artículo 12, en lugar de obligación pública, como se decía en las leyes anteriores).⁴⁵

Sin embargo, el enfoque litigante del proceso determinó que, posteriormente, cuando se promulga en 1869 el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, no se incorpore ninguna norma relativa a la conciliación,⁴⁶ la que reaparecerá sesenta y nueve años más tarde, en el artículo 1130 del Código de Procedimiento Civil de 1938, en forma muy escueta y perdida entre las *disposiciones comunes*, (verdadero cajón de sastre al que han ido a parar todas las normas para las que no se encontró ubicación precisa), como un deber procurar la conciliación intraprocesal mediante la convocatoria a junta para el efecto, a cargo de los jueces de primera instancia o de segunda en su caso, en el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, hallándose la causa en estado de

prueba y antes de conceder término para ésta.⁴⁷ Actualmente consta este deber en el artículo 1065 del vigente Código de Procedimiento Civil. Hasta 1938 tampoco existió una norma respecto de la conciliación intraprocesal en los diversos juicios previstos en el Código de Enjuiciamiento Civil, también fue en el Código de Procedimiento Civil de dicho año que se introdujo esta fase procesal, dentro del trámite del juicio ordinario, así es como en el artículo 422 se preveía la convocatoria a una junta "con el propósito de procurar una conciliación, que dé término al litigio" (inciso 1°.) y "la falta de concurrencia de una de las partes constituirá indicio de mala fe, que se tendrá en cuenta para la condena en costas al tiempo de dictarse la sentencia" (inciso 3°.); en los artículos 423 a 426 se detallaba la forma de realizarse esta audiencia y los efectos, tanto en caso de llegarse a un avenimiento como de no poder conciliarse, así como la posibilidad de diferirse por una sola vez. En el vigente Código de Procedimiento Civil se prevé la etapa de conciliación en el juicio ordinario, en los arts. 409 a 413, en los mismos términos del Código de 1938.

Merece mención aparte la audiencia de conciliación y contestación a la demanda que debe convocarse dentro del juicio verbal sumario (respecto del cual se observa que tiene muy poco de sumario y menos de verbal) En virtud de lo que dispuso el artículo 48 de la ley reformativa de 1911 al Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, el artículo 905 estableció que *...el Juez señalará día y hora para el juicio verbal, dejando un intervalo que no pase de diez días perentorios. El día y hora señalados, las partes puntualizarán sus reclamaciones, y si llegaren a un arreglo, el Juez, en el mismo acto, lo aprobará...*⁴⁸ Esta disposición pasó a formar parte del artículo 932 en la edición del Código realizada por la Academia de Abogados de Quito, con autorización de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del Decreto Legislativo de 4 de octubre de 1912.⁴⁹ Mediante Ley reformativa de 7 de octubre de 1921 se añadió el siguiente inciso después del 1° del artículo 932: *En la diligencia del juicio verbal podrá el demandado deducir las excepciones que le competan; y a falta de acuerdo, se las sustanciará colectivamente y se las decidirá en la sentencia. Mas, antes de la diligencia, no se admitirá ninguna contestación, incidente o excepción que la obste o difiera.*⁵⁰ En el Código de Procedimiento Civil de 1938, el artículo 901 decía: *Inmediatamente después de practicada la citación, el juez señalará día y hora para la audiencia de conciliación, que tendrá lugar dentro de un período de tiempo no menor de dos días ni mayor de ocho, contados desde la fecha en que se expida la providencia que la convoque,* y el artículo 904 decía: *La audiencia de conciliación empezará por la contestación a la demanda, que contendrá todas las excepciones, dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado. Trabado así el litigio, el juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio.* En el Código vigente son los artículos 845 y 848, respectivamente. Existe un problema práctico para que la conciliación sea viable: si el actor va a conocer la posición del demandado apenas en la audiencia, resulta bastante difícil concebir un avenimiento dentro de la misma diligencia.

Por desgracia, debido a la cultura de litigio de los abogados patrocinadores de las causas y al mínimo interés que ponen los jueces en impulsar un avenimiento (en parte por el te-

mor a ser acusados de prevaricato si es que adoptan una actitud dinámica dentro del proceso, por lo que se contentan con ser meros espectadores del mismo), muy pocos litigios concluyen por conciliación dentro de estas juntas y audiencias.

Dentro del programa de modernización de la justicia se ha puesto en marcha un proyecto piloto de centros judiciales de mediación intraprocesal en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, con resultados dispares, ya que mientras en las dos últimas ciudades se han alcanzado frutos muy interesantes, en la primera no se logran resultados positivos. Personalmente he podido constatar la resistencia que ofrecen ciertos jueces para derivar las causas a mediación y el proyecto mismo está a punto de concluir por no oficializarse debido a dificultades administrativas.

Hitos en la evolución de la justicia de paz y de la conciliación en el Ecuador

En el artículo que se mandó agregar a continuación del 93 de la Constitución Política de la República en las reformas de 1996,⁵¹ por primera vez se reconoció en la Carta Constitucional el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias.

Esta disposición permitió que, al dictarse la Ley de Mediación y Arbitraje,⁵² se incorporara lo relativo a la mediación comunitaria. El artículo 58 dispone: *Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos*, y el artículo 59 añade: *Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley. Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitaria tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley. Los centros de mediación, de acuerdo a esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados par los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas.*

Posteriormente, en el artículo 191 de la Constitución Política reformada y codificada, a más de reiterar este reconocimiento de los medios alternativos para la resolución de los conflictos, con sujeción a la ley, se manda que haya jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. De esta manera quedan sentadas definitivamente las bases para el desarrollo de la institución que es objeto de este estudio.

Corresponde hoy dictar una ley que desarrolle este mandato, dentro de los límites que señala la Ley Fundamental del Estado. Igualmente, los órganos de la Función Judicial deben prestar toda la colaboración posible para formar la *cultura de paz* adoptando medidas como la de impulsar la derivación de las causas a mediación a fin de lograr que las partes autocompongan sus conflictos mediante la conciliación, ya que así no hay vencedores ni vencidos y es preferible a la heterocomposición que se logra a través de la resolución judicial, de la cual con frecuencia quedan rezagos de encono y frustración que van deshaciendo el tejido social.

La función judicial ante la justicia de paz

Se afirma que *el poder judicial no buscó sino que encontró a la justicia de paz, así que durante muchos años —marcadamente influenciado por el positivismo jurídico a partir de la segunda mitad del siglo XIX— miró con cierto desdén a esta justicia «lega» que resolvía los conflictos sin tomar en cuenta la letra de la ley.*⁵³

Efectivamente, en Ecuador fue el asambleísta quien observó la figura y los resultados positivos que ha dado en los países vecinos y la introdujo en la estructura constitucional de nuestra administración de justicia. La Función Judicial nada hizo por la justicia de paz antes de 1998, y es a partir de la vigente Constitución Política que comienza a fijarse en ella y a estudiar la forma de incorporarla dentro del sistema general de justicia, a fin de dar cumplimiento del mandato contenido en el artículo 191 de la Constitución Política.

Debemos tener una posición clara y positiva en las palabras y en la praxis frente a la justicia de paz. Que no se nos aplique la siguiente crítica: *El Poder Judicial tiene una actitud ambivalente frente a la justicia de paz. Por un lado, en el discurso valora y enaltece el trabajo de los jueces de paz. Por otro lado, sin embargo... en un gran sector de la judicatura profesional subsiste con fuerza una actitud de menosprecio por la justicia lega, «de poca monta» a la que hay que tolerar hasta que pueda ser sustituida por una justicia profesional y técnica.*⁵⁴

Importancia del funcionamiento de la justicia de paz

Se examinarán los siguientes aspectos: la legitimación social de que goza la justicia de paz, los procesos de paz como prototipo de los procesos orales, la lógica de la actuación de la justicia de paz y los beneficiarios de la misma.

a. La legitimación social de que goza la justicia de paz

La experiencia vivida en otros países, en los cuales opera la justicia de paz, señala que la importancia del funcionamiento de la misma *reside en la calidad de garantes de la paz social que tienen los jueces de paz a nivel de sus comunidades. La función que éstos desarrollan constituye un vehículo eficiente para la solución de los conflictos que afectan la vida en común en una determinada sociedad. Sus funciones se encuentran encaminadas a conciliar los conflictos, imponer una solución o sancionar a quien delinque. La justicia de paz sirve a la comunidad en múltiples aspectos, como el apoyo que brinda a las demás autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones, colaborando en orientar sus actividades, faccionando sus documentos y, en general, brindándole asesoramiento.*⁵⁵

El procedimiento práctico que debe emplear el juez de paz para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento será único, ya que ha de descartar todos los trámites formales; esta situación resulta atractiva para las partes, pero se observa en los países en que el sistema funciona *que genera la inobservancia del ámbito de sus competencias, debido a que las causas que reciben desbordan los marcos que la ley establece lo que es muchas veces de conocimiento de*

los usuarios. De acuerdo a investigaciones realizadas, cuando ante casos que sobrepasan las competencias de los jueces de paz, éste ha remitido las causas a los jueces comunes, los justiciables han manifestado que ello constituye un formalismo injusto y dilatorio en la solución del problema.⁵⁶ Este inconveniente debe resolverse en la ley que se dicte declarando válida la prorrogación voluntaria de la competencia de los jueces de paz, salvo naturalmente los casos en que, en razón de la materia o por consideraciones de orden público, tal prorrogación sea inadmisibles.

Lo relativo a la cosa juzgada material debe examinarse bajo una óptica diferente. Lo trascendental no es el arreglo de los intereses contradictorios de dos individuos, sino el restablecimiento de la paz y la concordia en el grupo humano (familia, comunidad o vecindad); por lo tanto, si la resolución dictada a falta de avenimiento en un conflicto origina un nuevo conflicto, es que el problema subsiste, que la solución del primero no fue idónea y que, por lo tanto, habrá que reexaminarla para decidir si debe o no ser modificada. Podemos afirmar que la cosa juzgada substancial se relativiza.

b. Los procesos ante los jueces de paz, prototipos del proceso oral

La sustanciación y resolución de los procesos a nivel de la justicia de paz debe liberarse al máximo de las formalidades, sin que ello implique de modo alguno desconocimiento de las garantías del debido proceso.

Por tanto, los procesos deben realizarse a través de audiencias, con la participación de las partes, previa citación y la oportunidad de presentar las pruebas de cargo y de descargo, y los acuerdos finales han de redactarse en los libros de actas que han de llevar los juzgados.

En consecuencia, no será imperativo que en todos los casos se formen expedientes, ya que la denuncia o demanda podrá ser oral al igual que la contestación y las probanzas (por ejemplo, testimoniales, visura, admisión de los hechos por las partes), quedando como única prueba de la tramitación de la causa el acta en la cual constarán los acuerdos en los que se resuelva la controversia, o la resolución en equidad que dicte el juez ante la falta de avenimiento.

Se puede objetar que un procedimiento de esta naturaleza puede dar origen a impugnaciones; ciertamente que, en una cultura escrita, si no hay papeles no hay certeza de lo ocurrido. Pero cabe preguntar: ¿en el Ecuador prima la cultura escrita? Es necesario examinar y responder esta pregunta con absoluta honestidad. La deformación profesional de los letrados nos conduce siempre a considerar que el acto escrito es de la esencia de las actuaciones judiciales. Pero no resulta tan obvia esta respuesta en grandes sectores de nuestra sociedad, particularmente en aquellos que necesitan y reclaman de una justicia pronta y acertada, que confía en el ascendiente moral que sobre ellas ejerce quien cumple las funciones de jueces de paz. De aquí que quien sea designado juez de paz deberá ser un líder de la comunidad o vecindad, en quien confíe la mayoría por sus atributos de prudencia e imparcialidad.

Resulta admirable comprobar cómo nuestro ordenamiento procesal civil de los primeros años, que si bien mereció los calificativos de algo así como un ensayo de Código de Enjuiciamientos... sumamente diminuto y deficiente,⁵⁷ sin embargo tuvo especial cuidado de normar prolijamente

lo relativo a la conciliación y estableció un procedimiento que se sigue aplicando por los tenientes políticos, intendentes de policía y comisarios nacionales hasta la actualidad⁵⁸ cuando actúan como jueces de contravenciones,⁵⁹ porque todavía no se han establecido las judicaturas especializadas que deben crearse en virtud de lo que dispone el artículo 390 del vigente Código de Procedimiento Penal.⁶⁰

c. Lógica de la actuación de la justicia de paz

Carecemos de experiencia sobre el tema, por ello es necesario acudir a la de los países que vienen aplicando la justicia de paz y que presentan grandes similitudes con nuestra realidad social, cultural y económica. En este punto, es valioso remitirse a lo que señalan quienes han estudiado el tema en dichos países:

- Resulta indispensable que los libros de actas que se manejan en los juzgados reflejen fielmente lo ocurrido, a fin de que se pueda de ellos extraer cuál es la esencia y la lógica que orienta el funcionamiento de la justicia de paz.
- En los libros de actas se registran las actuaciones judiciales en orden cronológico, anotando los datos indispensables para la identificación y comprensión del problema y de los intervinientes, así como la medida aplicada para su solución.
- En algunos casos se ha constatado que los jueces utilizan una plantilla o formato para la elaboración de sus actas, lo cual facilita la labor. De acuerdo a las indagaciones realizadas, estos formatos han sido elaborados por jueces que anteriormente ejercieron el cargo, habiendo sido adoptados por quienes actualmente lo hacen.
- Otro aspecto en general, presente en las actas de audiencias, es la imposición de multas y advertencias destinadas a que se dé cumplimiento a lo ordenado por el juez. Sin embargo, las mismas tienen un fin intimidatorio.
- Sobre la base de todo lo observado y de la información recopilada, se puede señalar que la lógica que guía el funcionamiento de la justicia de paz es fundamentalmente alcanzar la solución de los conflictos que se le someten, mediante la aplicación de los usos y costumbres locales, así como el leal saber y entender del juez.
- En esta medida, la lógica de actuación de la justicia de paz desde una perspectiva jurídica es netamente finalista. Esta lógica constituye la base del éxito que ha demostrado la justicia de paz en la experiencia de resolver conflictos, por su dedicación a la búsqueda de la verdad en cada controversia, contando para ello con la colaboración de las partes y la casi permanente disposición de las mismas para llegar a un arreglo. Estas circunstancias facilitan la resolución de los conflictos, evitando la dilación en el tiempo al dejar de lado trámites y formalismos de recurrente uso en la justicia formal, y permitir la aplicación del sentido común por parte del juzgador.
- Las características señaladas hacen que el juez de paz se encuentre en capacidad para abordar cualquier conflicto que se le someta, considerando como valor agregado adicional el conocimiento de su realidad y de la población potencialmente usuaria del servicio que él

administra; esto hace posible que las partes en determinado momento acepten la fórmula propuesta por el juzgador.⁶¹

d. Los beneficiarios de la justicia de paz

Los beneficiarios de la justicia de paz son sobre todo los sectores sociales más pobres de las zonas geográficas más atrasadas del país, en especial de las zonas rurales y de las pequeñas y medianas ciudades así como los sectores urbanos marginales de las grandes ciudades, que por razones económicas, sociales y culturales se ven impedidos de acudir a la justicia formal y actualmente acuden a soluciones parajudiciales.⁶²

En los países que se viene aplicando la justicia de paz, se señala con frecuencia que los jueces de paz gozan de una envidiable legitimidad social que ya quisieran tener los jueces profesionales. En el caso peruano, en 1998 se aplicó una encuesta a 810 pobladores de los lugares donde existían juzgados de paz, que arrojó, entre otros, los siguientes resultados: el 64 % dijo conocer al juez de paz; el 57% dijo haber requerido alguna vez de sus servicios; el 64% manifestó estar satisfecho con el juez de paz y el 66% respondió que creía que el juez de paz era una persona honesta. Varias son las razones para esta apreciable legitimidad (celeridad, flexibilidad procesal, bajo costo, cercanía geográfica y cultural, saber quién es el juez, control social sobre el mismo, entre otras), pero podría resumirse en que el juez de paz resuelve los conflictos como previsiblemente lo resolverían los litigantes y cómo éstos esperan que aquel lo haga. Empero, en ocasiones, ese *sentido común* puede ser contradictorio con valores de derechos humanos.

Algunas pistas a tomar de la experiencia de los países en que rige la justicia de paz

Ante la falta de una experiencia nacional respecto del funcionamiento de la justicia de paz, es necesario acudir a la experiencia de los pueblos hermanos que la han aplicado, a fin de extraer de ella las constantes que nos podrían ayudar a la implantación en nuestra patria. En efecto, Venezuela, Colombia y particularmente Perú, con 180 años de historia, países a los que nos une tantos elementos comunes de raza, cultura, idioma, tradiciones y actualmente de opresión y subdesarrollo, nos pueden enseñar mucho en este campo.

En los países señalados se advierte que la intención de la ley es el rescate de la figura del vecino de la comunidad, elegido democráticamente por ella, que según criterios de equidad y mediante la conciliación, administre justicia dentro del marco de la Constitución, una justicia legitimada socialmente, cercana cultural y geográficamente y de bajo costo.

Hay que analizar los siguientes tópicos:

1. La conveniencia de que la justicia de paz forme parte de la Función Judicial: A más del mandato constitucional del artículo 191, que dispone la creación de las judicaturas de paz como órganos de la Función Judicial, sociológicamente en gran medida el *poder disuasivo* del juez de paz y su poder de persuasión para que los litigantes arriben a un acuerdo conciliatorio parece sustentarse — en la experiencia de otros países — en su condición —

aunque sui generis — de magistrado integrante de la estructura judicial estatal, con la potestad de aplicar *todo el peso de la ley* de ser necesario — que, entre otras cosas, supone que pueda sentenciar en materia de contravenciones por ejemplo — Este poder es muy poco utilizado por el juez de paz — pues prefiere basarse en los diversos mecanismos de presión social — pero es importante que lo posea sobre todo en clave *disuasiva*. Además, como ya se ha señalado, debe haber una *presencia del Estado* en todos los confines del territorio de la República, y esta presencia se logra magníficamente gracias al funcionamiento de las judicaturas de paz.

2. Es fundamental la legitimidad social de la justicia de paz: la legitimidad social de la justicia de paz es el sustento fundamental de la misma. Legitimidad social de origen a través del proceso de designación democrática y legitimidad por resultados mediante decisiones o acuerdos conciliatorios satisfactorios para las partes y para toda la comunidad. Legitimidad basada también en una actuación judicial eficiente y de bajo costo. En una realidad de débil presencia del Estado, un juez de paz que no cuenta con el respaldo de la población está condenado al fracaso.
3. La esencia de la justicia de paz es su carácter de justicia *lega*: la esencia de la justicia de paz — y que nunca debe perder — es su carácter de justicia *lega*, de justicia *no profesional* ejercida por los propios vecinos de la comunidad. Es fundamental tenerlo muy en cuenta porque puede existir la tentación de pretender *profesionalizar*, esto es, que estas funciones vayan siendo ocupadas por abogados lo que, por un problema de formación — y deformación — profesional arrastrarían a esta justicia a un campo legalista y al culto de las formas antes que a la búsqueda de una verdadera justicia.

Campos de acción de la justicia de paz

La justicia de paz se caracteriza porque el ámbito de competencia de la misma es muy amplio prácticamente todos los asuntos contenciosos *cotidianos* que involucran a los particulares caen en la órbita de la misma, porque es, fundamentalmente, un mecanismo de *paz y conciliación social*.

Por ello, el ámbito de la competencia de los jueces de paz en la ley de la materia debe ser la intervención en procura de conciliación, y a falta de ella, la resolución de:

- a. Conflictos individuales en asuntos: patrimoniales hasta un límite razonable (por ejemplo, montos inferiores a un mil dólares de los Estados Unidos de América) y no patrimoniales, salvo los asuntos de orden público, juzgamiento de contravenciones, casos de violencia intrafamiliar, transacción en delitos de acción privada y de acción pública a instancia particular.
- b. Conflictos comunitarios internos, así como conflictos entre las comunidades y entre éstas y sus miembros.
- c. Conflictos vecinales: conciliación en problemas de demarcación y linderos, servidumbres, conflictos posesorios, pagos de expensas comunales, uso indebido de locales en propiedad horizontal.

Para alcanzar que la justicia de paz realmente funcione, deberá crearse tantas judicaturas cuantas sean necesarias, lo

que implica que en cada parroquia rural, así como en cada comunidad y vecindad con un número razonable de habitantes (por ejemplo, dos mil) deberá funcionar un juzgado de paz.

Forma de designar a los jueces de paz

Se ha señalado que es esencial a la justicia de paz su legitimación social, ya que esa fuerza moral es la que le da sentido y eficacia; por ello, es fundamental que los grupos humanos directamente interesados participen en el proceso de designación de los jueces de paz; a ello se debe que en muchos países se acuda a la elección directa.

Precisamente entre los países de la comunidad andina, los jueces de paz son elegidos en Colombia⁶³ y Venezuela,⁶⁴ siendo las municipalidades las que intervienen en la organización, coordinación, supervisión y ejecución de los procesos electorales; en Perú⁶⁵ se distingue entre la elección de jueces de paz no letrados en general, y la elección en comunidades campesinas y nativas; en Bolivia y Ecuador no existe una disposición legal que establezca la forma de designarlos. En el caso de nuestra patria, al aprobarse la ley respectiva indudablemente ha de tenerse en cuenta que, al formar parte de la Función Judicial, deberán ser nombrados previo concurso de merecimientos y oposición, según corresponda al tenor de lo que dispone el artículo 204 de la Constitución Política de la República, por lo que no cabe pensar en un sistema de elección como único medio de su designación, y menos todavía en que los nombren las municipalidades; pero por las características peculiares de esta justicia, cabe pensar el que se prevea una consulta a las comunidades o vecindades involucradas, previa o posterior al concurso de merecimientos y oposición, el cual deberá tener características peculiares. La Corte Suprema de Justicia, en su proyecto de Ley Orgánica de la Función Judicial, que actualmente se halla a estudio en el H. Congreso Nacional, ha realizado la siguiente propuesta en el inc. 1° del artículo 161.- **CONCURSO ESPECIAL.-** Para el nombramiento de los jueces de paz se realizará un concurso de merecimientos y oposición por la propia comunidad o vecindad; el Consejo Nacional de la Judicatura dará la asistencia técnica necesaria para el mejor desenvolvimiento del proceso. En ningún caso se nombrará juez de paz a una persona cuando la misma sea rechazada por la mayoría de miembros de la comunidad o vecindad; la Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional propone la nominación por la respectiva municipalidad y su nombramiento por el Consejo Nacional de la Judicatura.⁶⁶

Modo de actuar

Los jueces de paz deben actuar:

- como mediadores para alcanzar la conciliación preprocesales e intraprocerales.
- únicamente si su gestión mediadora no culmina en avenimiento, dictarán resolución.
- En caso de dictar resolución, agotados los esfuerzos por la conciliación sin haberla logrado, lo harán en equidad, según los usos y costumbres de la comunidad o localida-

dad así como su leal saber y entender. No es la equidad "formal" a la que se refiere el artículo 1062 del Código de Procedimiento Civil, o sea para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por la sola falta de formalidades legales, sino que aplicará la equidad sustancial, lo cual no significa que han de proceder arbitrariamente, ya que podrá sacrificarse la legalidad pero nunca el derecho ya que este es mucho más que la letra de la ley.⁶⁷

- Sus resoluciones deben ser de única y definitiva instancia, pero siempre habrá el control de constitucionalidad que lo ejercerá el Tribunal Constitucional y el control de legalidad, en lo que dice relación exclusivamente a la aplicación de la Ley de la Justicia de Paz, que debe realizarlo en casación la Corte Suprema de Justicia.⁶⁸
- La Ley de Justicia de Paz deberá establecer el procedimiento a aplicar, el cual deberá elaborarse inspirándose en las normas que, para la conciliación, rigieron en el país hasta el año 1869 y que en la práctica se siguieron aplicando hasta la última década del siglo XX, a más de que las mismas coinciden con las que rigen en los países en que esta institución viene funcionando y cuyas sociedades guardan, como se ha señalado, enormes coincidencias de toda naturaleza con la ecuatoriana. Por cierto que al decir *inspirándose* no se afirma que se las ha de copiar, sino que ha de elaborarse una ley que se ajuste a las realidades del siglo XXI.

Perfil del juez de paz

Quien sea nombrado juez de paz ha de reunir atributos especiales, ciertamente diferentes a los que son comunes a los demás jueces, porque su ámbito de actuación es sustancialmente,⁶⁹ diferente, por ello deberá ser:

- ciudadano/a ecuatoriano/a, que haya culminado la educación básica;
- que no registre antecedentes penales;
- que pruebe tener buen predicamento en la comunidad o vecindad;
- que su nombramiento no sea rechazado por la mayoría de los miembros de la comunidad o vecindad;
- que se someta a un concurso específico de merecimientos y oposición en que se valore fundamentalmente sus atributos intelectuales y éticos, así como su conocimiento de la realidad social de la comunidad o vecindad;
- que participe previamente a que asuma sus funciones en un proceso de capacitación ad-hoc, que no será en conocimiento y manejo de las leyes, excepto el conocimiento de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes, así como las garantías del debido proceso, sino en especial de elementos de la sociología y la antropología y de destrezas para la conducción de los procesos de mediación y conciliación, así como el entrenamiento indispensable para la elaboración de las actas de conciliación o de resolución.

Duración, remuneración, horario

Ya que el exitoso desempeño del juez de paz depende de la aceptación de la comunidad o vecindad en que ejerce sus funciones, debería desempeñarlas mientras la comunidad o la vecindad no lo objete. Debería establecerse un sistema de evaluación periódica de la actuación del juez de paz, con la intervención de la comunidad o vecindad.

Sus servicios deberán ser remunerados por los usuarios del servicio, según las modalidades de la comunidad o vecindad. Sería utópico pretender que tengan el carácter de funcionarios rentados por el Estado, ya que es de conocimiento público las penurias económicas que aquejan a la Función Judicial.⁷⁰

El juez de paz debe estar en disposición permanente de atender los asuntos que se sometan a su conocimiento, aunque por cierto no deberán ser de dedicación exclusiva, ya que no habrá una carga de trabajo que justifique este desempeño a tiempo completo por lo tanto, debería autorizarles que ejerzan su profesión, oficio o empleo público o privado, mientras no sea incompatible con las funciones judiciales, e igualmente todos los días y horas serían hábiles para el cumplimiento de sus funciones. En este punto, hay que recalcar que deberá haber tantos jueces de paz cuantas parroquias rurales, comunidades y vecindades de cierta importancia por el número de sus habitantes existan en el país. Esta justicia no puede faltar en ningún punto del territorio de la República, ya que será la más efectiva presencia del Estado en el ámbito nacional, y si están autofinanciados no habrá el problema presupuestario que es el más serio obstáculo que actualmente afronta la Función Judicial en el cumplimiento de su misión.

¿Son incompatibles o complementarias la justicia de paz y las funciones de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas?

Adelanta en el país la trascendental discusión respecto del real alcance y significado de la disposición contenida en el artículo 191, párrafo 4º de la Constitución Política de la República, relativo al ejercicio de las funciones de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas.

Como se ha anotado dentro del debate,⁷¹ desde el planteamiento mismo del tema se advierte una confrontación entre dos posiciones contrapuestas; la una, eminentemente etnocentrista y que inclusive presenta matices milenaristas, que propugna que el derecho indígena es universal, tanto material como procesal, alcanzando en consecuencia a todas las materias y para ser ejercida exclusivamente por las autoridades de los pueblos indios con los procedimientos creados por las comunidades para la resolución de toda suerte de problemas que afecten a las comunidades y sus miembros, así como a estos entre ellos sea o no dentro de la circunscripción territorial de la comuna. Sería un fuero real y personal, exclusivo y excluyente. La otra concepción, intercultural, sostiene que las autoridades de los pueblos indígenas están en capacidad de resolver los problemas intracomunitarios, es decir, que afecten a la vida de la comunidad

y a la pacífica convivencia dentro de ella, y que para la resolución de los restantes problemas en que se vean involucrados indígenas, sea por conflictos entre ellos o con personas no indígenas, se aplicará el derecho estatal por las autoridades judiciales estatales, las que deberán respetar las costumbres y usos de los pueblos indígenas y deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, debiéndose garantizar la plena vigencia de los derechos de los indígenas, por lo que se posibilitará que los afectados personalmente o por conducto de sus organismos representativos puedan iniciar procedimientos legales para la protección de las violaciones que pudieran cometerse en su perjuicio, debiéndose además asegurar en la práctica los medios para que hagan efectiva la vigencia de tales derechos.

En este marco, cabe preguntar si son incompatibles la justicia de paz y la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas. La respuesta es terminante: de ninguna manera son contrapuestas, sino que más bien se complementan y deben desarrollarse juntas.

Cierto que la justicia de paz tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio, ya que alcanza a toda la población ecuatoriana, sin excepciones, mientras que la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas se contrae a las comunidades indígenas exclusivamente; en la misma forma, si no se llega a conciliación los jueces de paz han de juzgar en equidad, o sea que pueden resolver apartándose de los límites estrechos de la ley, aunque en ningún caso podrán hacerlo con violación de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, ya que ellos son parte consustancial de la equidad, en cambio las autoridades de los pueblos indígenas deben proceder en todos los casos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, *siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes*.

Del tenor literal del párrafo cuarto del artículo 191 de la Constitución Política, aparece que se limita las funciones de administración de justicia de las autoridades de los pueblos indígenas únicamente a la solución de conflictos internos de las comunidades en las que ejercen su autoridad, aplicando el derecho consuetudinario, sin que les esté abierta la posibilidad de resolver en equidad, lo cual constituye una sustancial diferencia con la justicia de paz. Es verdad que la interpretación de la norma constitucional antes transcrita está provocando un intenso debate, ya que existen diversos puntos de vista sobre la naturaleza y alcance del derecho indígena, lo cual sin lugar a dudas está retrasando el que se dicte la ley que compatibilice las funciones de justicia de las autoridades de los pueblos indígenas con las del sistema judicial nacional, pero estimo que si se valoriza debidamente a la justicia de paz y se encarga a las autoridades de los pueblos indígenas que la ejerzan en aquellas zonas de mayor población indígena, este problema interpretativo desaparecería, a más de ser una solución lógica y práctica, ya que inclusive facilitaría el que dichas autoridades también puedan abocar conocimiento de aquellas causas en que se hallen involucrados quienes, sin ser indígenas, habiten en tales comunidades.

Notas

1. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, t. I, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 13ª edición, 1993, pág. 37.
2. ARDILA, Edgar, "Hacia un modelo de justicia desde la comunidad", en *Justicia y Desarrollo, Debates*, año II, N° 10, diciembre 1999, Sta. Fe de Bogotá, pág. 59.
3. R. O. 863 de 16.01.1996.
4. Sección 30ª del título II del libro II del Código de Procedimiento Civil, codificación vigente promulgada en el R. O. suplemento al 687 de 18.05.1987 y sección 15ª del título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial. El juicio por arbitraje había venido constando en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde el 14 de abril de 1884, en cuyo título XII, arts. 62 y 63, trataba de los árbitros. (LEYES Y DECRETOS EXPEDIDOS POR LA CONVENCION NACIONAL DE 1883, Quito, Imprenta del Gobierno, 1884, pág. 64-65). El juicio por arbitraje se incorporó al Código de Procedimiento Civil en 1938, constituyendo la sección 33ª del título II del libro II.
5. Decreto Supremo N° 735, R. O. 90 de 28.10.1963. Todas las normas relativas al juicio por arbitraje que contenían el Código de Procedimiento Civil, la Ley Orgánica de la Función Judicial y la Ley de Arbitraje Comercial fueron derogadas y sustituidas por la Ley de Mediación y Arbitraje, R. O. 145 de 04.09.1997.
6. ARDILA, Edgar, op. cit., pág. 58.
7. R. O. 569 de 01.09.1983.
8. En efecto, el artículo 75 dispuso que se sustituya el artículo 96 de la Constitución Política de 1979 por el siguiente: *Artículo 96.- Los organismos de la Función Judicial son independientes en el ejercicio de sus funciones. Ninguna autoridad puede interferir en los asuntos propios de aquélla. Se establece la unidad jurisdiccional. Por consiguiente todo acto administrativo generado por la administración central, provincial, municipal o de cualquier entidad autónoma reconocida por la Constitución y las leyes, podrá ser impugnado ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, en la forma que determine la ley.*
9. Inciso 1º del artículo que se mandó agregar a continuación del 93, R. O. 863 de 16.01.1996.
10. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, op. cit., pág. 83.
11. ZAVALA EGAS, Jorge, *Derecho Constitucional*, t. I, Guayaquil, Edino, 1999, pág. 161.
12. El artículo 19 de las reformas constitucionales de 1996 (segundo y tercer bloque), mandó agregar un artículo a continuación del 93, cuyo inciso final decía *Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias* (R. O. 863 de 16.01.96).
13. R. O. 145 de 04.09.1997.
14. El Centro sobre Derecho y Sociedad, CIDES, es una organización no gubernamental que desde 1992 ha venido impulsado programas para la implantación de la mediación comunitaria.
15. Posiblemente deben existir otras iniciativas al respecto, pero no se las conoce porque los medios de comunicación social no han prestado atención alguna al tema.
16. PULIDO DE BRICEÑO, Mercedes, *El papel de la justicia de paz en el desarrollo social de Venezuela*, en *La justicia de Paz: Manual de Referencia*, Caracas, Editorial Ex Libris, 1995, pág. 7.
17. ARDILA, Edgar: *Hacia un modelo de justicia desde la comunidad*, en *Justicia y desarrollo: Debates*, año II, N° 10, diciembre 1999, Sta. Fe de Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, pág. 54.
18. CUÉLLAR BASTIDAS, Parmenio, *El valor y la importancia de crear los jueces de paz*, en *La justicia al alcance de todos: Jueces de Paz, Ley 497 de 1999*, Bogotá, PLURAL, Corporación Centro de Estudios Constitucionales, s/a, pág. 20.
19. ARDILA, Edgar, op. cit. pág. 54
20. Para la debida comprensión del tema, Ardila sostiene que son cuatro los modelos de administración de justicia, resultado de la combinación de dos dimensiones que se integran de manera diferente en cada caso, esto es, las variables verticales, o sea las finalidades del modelo en que se diferencian el imperatorio y el constructivo; y las variables horizontales, que están dadas por el papel del tercero, en que igualmente se distingue entre el adjudicatorio y el consensual. El resultado de estas combinaciones es el modelo imperatorio-adjudicatorio antes señalado, el imperatorio-

Notas

consensual, que en teoría caracterizaría la mayor parte de los mecanismos alternativos de administración de justicia, aceptados por el derecho estatal, *porque, si bien las partes son las que toman las decisiones frente al conflicto, ellas están sometidas a la ley*; el constructivo-adjudicatorio, que se encuentra frecuentemente en comunidades indígenas donde las decisiones son tomadas por un agente (generalmente colectivo) pero cuya finalidad es reconstruir las relaciones afectadas por el conflicto y, en tal sentido, también llega a existir un provecho directo aun para la persona a quienes se sanciona; y el constructivo-consensual, que se presenta en la mayor parte de las formas de justicia comunitaria, en que se reconstruyen las relaciones afectadas por el conflicto mediante la conciliación en la que participa el mediador como portador de la palabra de la comunidad y únicamente en caso de no alcanzarse el avenimiento, se resuelve en equidad, de manera que es toda la comunidad la que, con ocasión del conflicto y la intervención del mediador, participa en la construcción de una solución específica y define parámetros para el futuro de la colectividad. (op. cit., pág, 57.)

21. *Ibídem.* pág. 57.

22. *Ibídem.* pág. 60.

23. Como señala Rodrigo UPRIMNY ("¿Son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos?" en *Justicia y desarrollo: Debates*, año II, N°. 10, diciembre 1999, Sta. Fe de Bogotá, pág. 120), *La sociología jurídica ha detectado numerosos tipos de obstáculos para que ciertas disputas accedan a la administración de justicia formal... Así, hay obstáculos de tipo económico, que dificultan un trámite adecuado de los conflictos de baja cuantía pues la relación costo judicial/valor del litigio aumenta cuando disminuye el valor del litigio, por lo cual el proceso resulta proporcionalmente más caro para los sectores populares. Un ejemplo empírico lo demuestra: en Italia, los costos de un proceso sólo alcanzan el 8% del valor de la causa cuando esta última es elevada, pero llegan a representar el 170% cuando ésta es baja. Esto significa que para un conflicto de bajo valor económico, el proceso judicial resulta más caro que lo que está en juego en el litigio... De la misma forma, existen obstáculos de tipo espacial, pues hay lugares a donde simplemente no llega el aparato estatal. Adicionalmente, se encuentran barreras de tipo temporal, es así como existen muchos conflictos que deben ser resueltos rápidamente y el aparato estatal se toma tres, cuatro o cinco años en el mejor de los casos, para tramitarlos. Finalmente, ciertos tipos de querrelas tienen muchas dificultades para acceder a la justicia formal; tal sucede, por ejemplo, con muchas disputas comunitarias y colectivas, ya que la justicia del Estado de derecho ha sido diseñada fundamentalmente para resolver conflictos interpersonales.*

24. VINAY ROJAS, Claudia, "La justicia de paz en México", en *Justicia de paz en la región andina, experiencias comparadas, utopías compartidas*, Norma Gálvez Moya editora, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, diciembre de 2000, pág. 165.

25. UPRIMNY, Rodrigo: "Justicia y conflicto en Colombia: alcances y límites de la informalización de la justicia" en *Justicia y desarrollo: Debates*, año II, N°. 3, marzo de 1998, Sta. Fe de Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, pág. 10.

26. VINAY ROJAS, Claudia, op. cit., pág. 166.

27. ARDILA, Edgar, pág. 61.

28. *Ibídem.*

29. *Ibídem.*

30. CUÉLLAR BASTIDAS, Parmenio, op. cit., pág. 20.

31. *Ibídem.*

32. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Gente que hace justicia, La justicia de paz*, Lima, 1999, pág. 18.

33. Citado por CUÉLLAR BASTIDAS, Parmenio, op. cit., pág. 21

34. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Gente que hace justicia, la justicia de paz*, Lima, 1999, pág. 38.

35. En Ecuador muy poco se ha estudiado la historia colonial, en gran parte por un prejuicio contra todo lo que fue español. En el Perú, en cambio, se ha examinado con gran detenimiento y los historiadores del derecho de ese país señalan el reconocimiento de la costumbre a lo largo de la colonia y la reacción adversa en el período republicano. Jorge BASADRE, en su *Historia del Derecho Peruano*, Lima, 2ª edi-

Notas

- ción, 1984, pág. 281, señala: *Interesante es constatar que esta simpatía del legislador español hacia la costumbre resulta contradicha por el Derecho republicano... Otro aspecto interesante tiene este cambio de actitud. La figura del indio no aparece en ninguna de las páginas del C.C. de 1852. En este sentido, la influencia del Derecho colonial no fue visible porque, de acuerdo con los antecedentes históricos de la península ibérica, donde habían convivido romanos con celtíberos, hispano-romanos con godos, árabes con cristianos, ese Derecho creó teóricamente para los indios un estatuto especial que abarcaba sus deberes y derechos e inclusive establecía una legislación tutelar con cierta forma de autogobierno en los cacicazgos y reducciones.*
36. No cabe duda que, en este punto, nuestra primera Constitución Política se nutrió en las mismas fuentes que inspiraron a la Carta de Cádiz de 1812 que, entre otras cosas, establecía que el alcalde ejercería el oficio de conciliador y que antes de presentar una demanda judicial debía agotarse previamente esta vía (David LOBATÓN PALACIOS, La justicia de paz en el Perú: aspectos positivos y límites, en Justicia de Paz en la Región Andina, Experiencias comparadas, utopías compartidas, op. cit., pág. 19).
 37. CEVALLOS, Pedro Fermín, Instituciones del Derecho Práctico Ecuatoriano, Quito, mayo de 1867, Imprenta de los huérfanos de Valencia, pág. 9.
 38. CEVALLOS, Pedro Fermín, op. cit., pág. 10-11. En El Nacional de 15.05.1861 consta: *De los Alcaldes municipales:*
 Artículo 67.- Son atribuciones de los Alcaldes municipales... 9º Hacer el oficio de Jueces conciliadores y de paz en materias civiles o por injurias; " y " De los Jueces parroquiales: Artículo 70: En cada parroquia habrá un número de Jueces parroquiales proporcionado a la población, y sus atribuciones son las siguientes: 3º (inciso 3º: Conocer en juicio verbal, y sin más recurso que el de queja, de las demandas sobre injurias, y delitos y faltas leves que no merezcan otra pena que la de arresto desde tres a ocho días, o una multa desde uno hasta doce pesos); 4º Hacer el oficio de Jueces de conciliación y de paz en las demandas de que habla el inciso anterior, y en todas las civiles que sean de su competencia." En la LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 03.08.1869, publicada en "LEYES, DECRETOS LEGISLATIVOS Y EJECUTIVOS Y CIRCULARES ESPEDIDAS EN 1869, 1870, 71, 72, 73 y 74", Quito, Imprenta Nacional, 1874, pág. 45; constan los artículos 67 N°. 9 y 70 N°. 3 y 4 con el mismo texto de la Ley de 1861.
 39. EL NACIONAL, de 18.04.1884.
 40. LOBATÓN PALACIOS, David, op. cit., pág. 19.
 41. R. O. 577 de 28.11.1994.
 42. LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL aprobada por el Congreso Constitucional del Estado del Ecuador el 8 de noviembre de 1831, sancionada por el Presidente de la República el 16 de noviembre de 1831, Primer Registro Auténtico Nacional N°. 25 (año de 1831), en "Primer Registro Auténtico Nacional de la República del Ecuador formado en virtud del Decreto Legislativo de 23 de Marzo de 1839", t. I., Quito, Imprenta del Gobierno, por J. Campuzano, año de 1840, pp. 193-194; y la LEY DEL PROCEDIMIENTO CIVIL dictada por la Convención del Ecuador el 15 de agosto de 1835, sancionada el 22 de agosto de 1835, Primer Registro Auténtico Nacional N° 1 (1835), en "Continuación del Primer Registro Auténtico Nacional" (año de 1835), t. II, pág. 3-4.
 43. RECOPIACIÓN DE LEYES Y DECRETOS DEL AÑO 1843.- LEY DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1843, Ley de 16 de junio de 1843, Gaceta del Ecuador 1843, 496.
 44. LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1848, El Nacional N°. 209, año 3º, trimestre 12, Quito, viernes 15 de diciembre de 1848, Periódico oficial, Imprenta del Gobierno, por Mariano Mosquera, Quito.
 45. LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL.- Ley de 24.10.1863 del Congreso de 1863, 65-106.
 46. CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTOS EN MATERIA CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, sancionado por la Convención Nacional de 1869, edición conjunta con el Código Civil, Nueva York, Imprenta de Hallet y Breen, 1871.
 47. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Edición oficial, Quito, Imprenta del Ministerio de Gobierno, 1938, pág. 288.

USFQ-BIBLIOTECA

Notas

48. CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTOS EN MATERIA CIVIL, edición privada hecha por la Academia de Abogados, Quito, Casa Editorial de Ernesto C. Monge, 1913, pág.154.
49. Quito, Imprenta y Encuadernación Nacionales, 1917, pág. 134
50. ESCUDERO, Manuel Eduardo, CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CON LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Quito, Imprenta Nacional, 1931, t. II, pág. 558.
51. R. O. 863 de 16.01.1996.
52. R. O. 145 de 04.09.1997.
53. LOBATÓN PALACIOS, David, op. cit., pág. 19.
54. *Ibidem*.
55. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Gente que hace justicia. La justicia de paz, op. cit., pág. 47
56. *Ibidem*.
57. PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, *Lecciones de Derecho Práctico, Civil y Penal*, t. I, Quito, Editorial Universitaria, 1958, pág. 54.
58. Puesto que cabe la transacción en el caso de contravenciones, es muy frecuente que los intendentes de policía, comisarios nacionales de policía y tenientes políticos actúen como mediadores en procura de una conciliación y hagan firmar actas en las cuales las partes se comprometen a respetarse mutuamente, no agredirse y cumplir los puntos de los acuerdos, bajo penas de multas económicas que fundamentalmente tienen efecto persuasivo de cumplimiento y disuasivo de provocar nuevas controversias.
59. Mediante Ley Reformatoria al Código Penal 72 PCL, promulgada en el R.O. suplemento 574 de 32.11.1994 se limitó la competencia de intendentes de policía, comisarios nacionales de policía y tenientes políticos al juzgamiento de las contravenciones, dentro de la respectiva jurisdicción territorial y se dispuso que de los quince días calendario siguientes a la vigencia de esta ley, remitan a la Sala de Sorteos de la Corte Superior respectiva todos los procesos penales que hayan instruido por delitos reprimidos por el Código Penal.
60. Es un punto a aclararse el de la competencia de los intendentes de policía, comisarios nacionales de policía y tenientes políticos para juzgar las contravenciones tipificadas y sancionadas en el Código Penal, ya que el vigente Código de Procedimiento Penal, en el artículo 17 N°7 enumera entre los órganos de la jurisdicción penal a los jueces de contravenciones, en el artículo 390 dispone que *para conocer y juzgar las contravenciones son competentes los jueces de contravenciones que establezca la Ley Orgánica de la Función Judicial, dentro de la respectiva jurisdicción territorial y no se ha hecho constar una disposición transitoria que asigne la competencia a dichas autoridades administrativas*. El artículo 435 del Código de Procedimiento Penal de 1983 no contemplaba la existencia de jueces de contravenciones sino que confería la competencia a las autoridades del ejecutivo antes enumeradas. Ricardo Vaca Andrade, después de señalar la competencia para el juzgamiento de las contravenciones de conformidad con el artículo 390 del nuevo Código de Procedimiento Penal, dice: *por lo tanto, habrá que esperar que se ponga en vigencia la nueva LOFJ en la que tendrán que contemplarse estos jueces como parte de la Función Judicial. (Manual de Derecho Procesal Penal, vol. 1, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001, pág. 172)*.
61. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Gente que hace justicia, la justicia de paz, op. cit., pág. 49.
62. La afirmación de que la justicia de paz es justicia de los pobres provoca rechazo en muchos sectores, (como ocurrió en el *Encuentro Intercultural del Ecuador* realizado en el auditorio de la Corte Suprema de Justicia el 25 de mayo de 2001, organizado por varias instituciones como la Casa de la Cultura Ecuatoriana *Benjamín Carrión*, PROJUSTICIA, CONESUP, en el que uno de los expositores fue el autor de este trabajo), porque consideran que es un concepto peyorativo, pero esta idea es errada, ya que es esa gran masa de pobres, que constituye la mayoría de la población nacional, la que exige un sistema judicial rápido, transparente, impartido por gente que goce de una enorme legitimidad social, que ayude a restablecer la armonía social empeñándose en el avenimiento, y en caso de ello no ser posible, que pueda resolver tomando en cuenta los valores sociales, sin atarse a los moldes estrechos de la legalidad.

Notas

63. Artículo 11 de la Ley 497 de 10.02.1999, en *La justicia al alcance de todos: Jueces de paz*, Sta. Fe de Bogotá, Plural, Corporación Centro de Estudios Constitucionales, s/a, pág. 88.
64. Ver: *Justicia de Paz en la Región Andina, Experiencias comparadas, utopías compartidas*, Norma Gálvez Moya, editora, Corporación Excelencia en la Justicia, Sta. Fe de Bogotá, diciembre de 2000, pág.179.
65. Artículos 5, 6 y 7 de la Ley N° 27539 de 24.10.2001 dicen, en su orden: *El Presidente de la República, a solicitud del Presidente de la Corte Suprema, convocará a elecciones de Jueces de Paz No Letrados. Para tal efecto, la Corte Superior de cada Distrito Judicial, acompañará la documentación que contenga la delimitación precisa de cada circunscripción judicial de paz no letrada y el número de plazas existentes; La Oficina Nacional de Procesos Electorales, en coordinación con las Municipalidades y demás entidades que conforman el Sistema Electoral, se encarga de organizar y efectuar las elecciones de Jueces de Paz No Letrados en todo el territorio de la República. El Poder Judicial coordina y colabora en la etapa de diseño y organización con la Oficina Nacional de Procesos Electorales; y, Las elecciones de Jueces de Paz No Letrados en Comunidades Campesinas y Nativas de realizarán respetando sus usos y costumbres, debiendo la ONPE solamente supervigilar que las asambleas u otros métodos de elección directa expresen la real voluntad de los ciudadanos electores.*
66. Artículo 120 del Proyecto de Ley Orgánica de la Función Judicial preparado por la Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional: *Los Jueces de Paz y sus sustitutos serán nombrados para un período de cuatro años por el Consejo Nacional de la Judicatura. El nombramiento recaerá de entre las personas propuestas por la respectiva Municipalidad. Los Jueces de Paz y sus sustitutos serán nominados por el Pleno del Concejo Municipal respectivo, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros de entre licenciados o egresados de las Facultades de Jurisprudencia o Derecho que reuniendo las condiciones legales, así lo soliciten. Si no hubiera solicitante licenciado o egresado, el Pleno nominará libremente a cualquier persona capaz e idónea de reconocida ecuanimidad en la comunidad. Si en el plazo de tres meses, a contar desde que se produjera el aviso de la vacante en un Juzgado de Paz, el Concejo Municipal correspondiente no efectuase la propuesta prevenida en los incisos anteriores, el Consejo Nacional de la Judicatura procederá a nombrar a los Jueces de Paz. Se procederá de igual modo cuando la persona propuesta por la Municipalidad no reuniera, a juicio del Consejo Nacional de la Judicatura, las condiciones personales exigidas por esta Ley...*
67. Sobre los diversos conceptos de equidad, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia N°. 333-2001 publicada en el R.O. N° 471 de 11.12.2001 dijo: *...afirma el recurrente que el tribunal de instancia no ha aplicado el criterio judicial de equidad previsto en el artículo 1062 de dicho Código en concordancia con el artículo 192 de la Constitución Política. Nuestra legislación positiva no define a la equidad en el artículo citado ni en la regla sexta del artículo 18 del Código Civil ni en ninguna otra disposición legal; pero en cambio la doctrina antigua y moderna se ha referido abundantemente al punto y nos ha entregado un variado muestrario de conceptos, conforme los enuncia Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual: "La equidad ha sido considerada como juris legitimi enmendatio (legítima corrección del Derecho), según Aristóteles; como legis supplementum (suplemento de la ley), que debía suplir a la ley, y a la cual debía acudir para interpretar ésta y que había de prevalecer en caso de duda, según diversos aforismos romanos y justinianos. Ha sido caracterizada como el sueño del que sufre, como el tacto moral del juez, cual la razón intrínseca del Derecho (Mayans); la 'previsión que templa la fuerza de la ley, la influencia benéfica que le da una ductilidad conveniente, la compañera de la justicia' (Gutiérrez); la conciencia de la verdad moral; el difícil discernimiento de lo justo y de lo injusto; 'el Derecho adaptado a las relaciones de hecho' (Windscheid); 'la atmósfera de equilibrio que preside la formación del Derecho, su aplicación y su observancia' (Bortolotto); 'la consideración de la individualidad en las personas y relaciones' (Puchta); 'un principio de interpretación, no una fuente de Derecho' (Giner de los Ríos); la rectitud y hasta la justicia; aunque precisamente por la mayoría se opone a ésta, y por todos se diferencian ambas ideas. - Lo que no puede ser la equidad es el enfoque jurídico personal por momentáneas conveniencias, parcialidad o*

USFQ-BIBLIOTECA

Notas

favoritismo, fundado en aisladas interpretaciones retorcidas y en argumentaciones sofisticadas” (Tomo III, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981, página 491). Como se señala en la parte final de esta cita, cualquiera sea el sentido que se quiera dar a la equidad, ésta no se encuentra al servicio de aspiraciones circunstanciales que, sin tener sustento en normas expresas de la legislación, pretenden ampararse en ella para obtener una decisión judicial favorable a sus intereses. Y en el caso del artículo 1062 del Código de Procedimiento Civil, debe recordarse además que la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad está reservada a los magistrados de la Corte Suprema y que su aplicación se limita a aquellos casos en que pueden quedar “sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de formalidades legales”, lo cual ciertamente coincide con el principio constitucional expresado en la parte final del artículo 192: “No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades...”

68. Se podrá objetar que por tratarse de *pequeñas causas*, resultaría excesivo el acudir en casación a la Corte Suprema de Justicia para que se realice el control de legalidad de las resoluciones de los jueces de paz; este punto debe ser analizado cuidadosamente, porque en esta materia lo trascendental no es el monto de las causas sino los perniciosos efectos sociales que pueden provocar las resoluciones contrarias a derecho, por lo que posiblemente la solución sería el instituir un mecanismo subsidiado por la Función Judicial para el efecto.

69. En el Proyecto de Ley Orgánica de la Función Judicial preparado por la Corte Suprema de Justicia y que actualmente se halla en estudio en el H. Congreso Nacional, se ha previsto lo siguiente:

Artículo 160.- COMPETENCIA DE LOS JUECES DE PAZ.- *La Corte Suprema de Justicia, en cualquier tiempo y previa solicitud fundamentada del Consejo Nacional de la Judicatura, podrá crear juzgados de paz, con competencia en el área territorial de la comunidad o vecindad en que vayan a cumplir con sus funciones, conforme lo determine la propia Corte Suprema de Justicia.*

Artículo 161.- CONCURSO ESPECIAL.- *Para el nombramiento de los jueces de paz se realizará un concurso de merecimientos y oposición por la propia comunidad o vecindad; el Consejo Nacional de la Judicatura dará la asistencia técnica necesaria para el mejor desenvolvimiento del proceso. En ningún caso se nombrará juez de paz a una persona cuando la misma sea rechazada por la mayoría de miembros de la comunidad o vecindad.*

Los jueces de paz podrán ejercer su profesión, oficio o empleo público o privado, excepto la abogacía; no percibirán remuneración del Estado, sino que sus servicios serán pagados por la propia comunidad o vecindad de acuerdo con la modalidades de cada sector. Todos los días y horas serán hábiles para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 162.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- *Los jueces de paz se encargarán de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios y vecinales, de conformidad con la ley. Actuarán fundamentalmente como conciliadores preprocesales e intraprocerales, con sentido de equidad y teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 59; en caso de que su mediación no haya culminado en avenimiento, dictarán resolución en equidad. Sus resoluciones serán de única y definitiva instancia.”*

El artículo 59 se refiere a los valores sociales y culturales que deben tenerse en cuenta por los jueces al momento de resolver las causas sometidas a su conocimiento.

70. Sobre el tema de la situación económica de la Función Judicial, puede consultarse: ANDRADE UBIDIA, Santiago, *Hace falta una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial*, en *Iuris Dictio*, febrero 2002, año III, N°. 5, pág. 90-91, y si bien en este último año en algo ha mejorado la asignación presupuestaria a la Función Judicial, dista mucho de ser la suficiente para atender todas sus apremiantes necesidades para la prestación de un buen servicio judicial.

71. Sobre el tema, puede consultarse: Justicia Indígena, aportes para el debate, Compiladora Judith Salgado, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, ABYA YALA, año 2000, y en esta obra el artículo de Santiago Andrade Ubidia, *Observaciones y sugerencias al anteproyecto de «Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador»*

Ausencia del Estado, violencia, derecho y justicia comunitaria. El caso de las Juntas Campesinas

Jaime Vintimilla S.

Antecedentes

Desde la Sociología jurídica, y más específicamente desde la Sociología de la administración de justicia no se han realizado estudios ni esfuerzos nacionales para entender el fenómeno socio jurídico del apareamiento de formas comunitarias de manejo de conflictos o al menos del uso de la violencia como herramienta desesperada de hacer justicia y devolver el orden negado por el aparato estatal a ciertas comunidades distantes o alejadas de los servicios judiciales básicos. La reacción más simple ha sido el hecho de denominar a cualquier práctica ajena al positivismo formalista, barbarie o salvajismo, sin entender la etiología del fenómeno, atada generalmente a la inercia estatal y a su ausencia como elemento armonizador, contralor y protector de derechos y obligaciones. El presente trabajo busca estudiar dos aspectos: a) el hecho como en algunas comunidades rurales de la costa y sierra se usan ciertos mecanismos informales de manejo y resolución de conflictos y, b) el análisis de posibles reformas estructurales y legales para un adecuado entendimiento del derecho que considere a la diversidad humana que habita en Ecuador.

Derecho, Justicia y Sociedad

El concepto y la práctica del Derecho tienen desafortunadamente algunos elementos que lo alejan de la sociedad y lo hacen más una ecuación matemática que una herramienta certera de control social basado en la consecución de sus propios fines tales como armonía, paz, bien común, seguridad, democracia, igualdad de oportunidades, justicia cercana, entre otros.

Entre estos elementos podemos encontrar los siguientes:

a. En primer lugar y coincidiendo con el profesor Alberto Wray, la realidad académica muestra que los operadores judiciales y jurídicos presentan una competencia profesional débil, pues se ha dado prevalencia a una incipiente justicia legal frente a un desconocido aunque anhelado derecho justo.² Además las teorías que sustentaron la práctica jurídica durante tanto tiempo y de manera tan incontestable en América Latina están en franco proceso de crítica y reformulación.³ Esta situación podemos advertirla en la práctica forense donde existe un verdadero divorcio entre el sistema de justicia o concepto orgánico o burocrático y el valor justicia como satisfacción de las necesidades de los ciudadanos conforme a Derecho y no a la aplicación implacable de la ley sin integrar otras fuentes jurídicas como la constitución y los instrumentos internacionales así como la

equidad, la analogía y los argumentos abiertos o principios generales del Derecho.

b. Ya Joaquín Costa nos decía, el siglo pasado, que la presunción *juris et de jure* referente al hecho que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna se constituye en un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia. Luego concluía:...esa base, ese cimiento de las sociedades humanas es el que se encierra en estos dos conocidos aforismos, heredados de los antiguos romanistas: 1. A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini licet ignorare jus*). 2. En su consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si hubiese conocido (*nemo jus ignorare censeatur; ignorantia legis neminem excusat*).⁴ Paralelamente este tema se relaciona con la hiperinflación normativa o exagerado número de normas vigentes en el país que hacen del cumplimiento efectivo de esta presunción casi una hazaña,⁵ pues se ha formado un farragoso y desordenado cuerpo normativo que conspira contra la estabilidad y seguridad jurídica induciendo, en muchos casos, a una inobservancia sistemática de los fines sociales del Derecho. A esto se suma la carencia de un mecanismo o sistema de publicidad que ponga en conocimiento del pueblo y de los mismos tribunales de justicia las normas jurídicas vigentes, especialmente los instrumentos internacionales y las constantes reformas legales y normativas en general.⁶

c. Los mecanismos para el mejoramiento de acceso al sistema de justicia deben ser perfeccionados, pues aún son débiles. Este derecho debe ser entendido en doble faz: en primer lugar, como aquel derecho que toda persona debe tener, entendido como igualdad de oportunidades, para acudir al sistema formal de administración de justicia, y luego, el reto de la creación de estructuras y mecanismos funcionales para volverla efectivamente más accesible, pues hay la incorporación de conceptos axiológicos y sociales más cercanos a los usuarios, que son de corte informal, local o comunitario. Al respecto, el eminente profesor Boaventura de Sousa Santos nos explica que el tema del acceso a la justicia es aquel que más directamente formula las relaciones entre el proceso civil y la justicia social, entre igualdad jurídico-formal y desigualdad socio-económica.⁷ En la realidad se percibe un cierto alejamiento de la mayoría de los ciudadanos frente a la administración de justicia, pues parece que únicamente la gente que tiene posibilidades económicas y que está dispuesta, de manera estoica, a bregar en los despachos judiciales es la que definitivamente acude en busca de la justicia estatal.

d. El rechazo a la informalidad jurídica, aunque la práctica y la vida cotidiana nos ha demostrado que las fuentes del derecho son modificadas y adaptadas en su uso. El profesor peruano Marcial Rubio Correa, por su parte, nos indica que no todo incumplimiento de la obligatoriedad del derecho es informalidad, solamente parecen serlo los incumplimientos que devienen en estructuralmente tolerables como la relación existente entre el desempleo y el surgimiento del trabajo informal.⁸ La idea entonces deviene clarísima en el desarrollo del Derecho, pues la comunidad (especialmente grupos alejados, en desventaja o desatendidos) reclama protagonismo para no solamente pedir al Estado atención a sus problemas sino más bien para hacer posible la participación efectiva y justa de sus miembros en el tratamiento de sus propios conflictos.

e. El apareamiento de nuevos sujetos del derecho impulsados por movimientos sociales y el paso de un derecho moderno a uno postmoderno. El primer aspecto se acompaña con el apareamiento de los movimientos de mujeres, de obreros, de grupos vulnerables, de indígenas y afro que han tenido un indiscutible impacto en la ideología monista del derecho y en el surgimiento de un nuevo marco normativo en busca de una justicia que entienda sus diversas realidades. Esto desemboca en lo que se denomina como pluralismo jurídico o derecho alternativo, es decir, aquella situación que se da siempre que en un mismo espacio geopolítico rija (oficialmente o no) más de un orden jurídico.⁹ Finalmente este tema nos lleva a la transición del derecho moderno hacia el postmoderno y para ello el jurista Fernando de Trazegnies se hace la siguiente interrogante: *¿En qué sería diferente un Derecho postmoderno de un Derecho moderno?* Nos contesta del modo que sigue: *Ciertamente, en el reconocimiento de una pluralidad de órdenes jurídicos ahí donde el Derecho moderno solo quería reconocer un orden jurídico estatal uniforme para todos los ciudadanos.*¹⁰ Por ende, nos encontramos en una etapa caracterizada por transformaciones de alcance epocal, en palabras de Ferrajoli, donde se advierte la decadencia de los Estados nacionales y del monopolio estatal de la producción jurídica, la globalización de la economía y de las comunicaciones no acompañada de una correspondiente globalización del derecho y de sus técnicas de tutela, el desarrollo de nuevas formas de explotación, de discriminación y de agresión a los bienes comunes y a los derechos fundamentales. De ello resulta inevitablemente una crisis del derecho.

f. Los procesos de reforma judicial deben ser enfocados hacia una coordinación directa con los más necesitados y con un cambio en el sistema impuesto, pues hay que considerar dos aspectos si queremos eficacia y no mera validez, a saber: a) se mantiene aún latente la discrepancia entre el derecho formalmente vigente y el derecho socialmente eficaz (*Law in books/ law in action*), y b) se debería profundizar en las relaciones entre el derecho y el desarrollo socio-económico y más específicamente el papel del derecho en la transformación modernizadora de las sociedades tradicionales.¹¹ Al respecto, Alejandro Garro vislumbra la necesidad de la existencia de una relación directa entre el *acceso a la justicia* desde la pers-

pectiva de los programas de asistencia legal para los pobres y los programas de reforma legal en curso en América Latina, para mejorar y democratizar los servicios.¹² Finalmente cabría indicar, con satisfacción, que en esta línea de acción y pensamiento entra un último fondo de Projusticia destinado a difundir Mecanismos alternativos comunitarios de manejo de conflicto, justicia de paz y cultura de diálogo con la participación directa de las poblaciones y comunidades más alejadas.¹³

Los conflictos no han sido históricamente procesados de manera adecuada por el sistema de administración de justicia estatal, pues éste ha omitido generalmente la diversidad étnica y cultural existente en el país. Por ello, el tema justicia no solamente puede ser abordado desde la esfera técnica sino que va mucho más allá, ya que es un aspecto público que necesariamente deberá incluir el concepto de lo diverso, lo intercultural e interdisciplinario, donde se requerirá del apoyo de otras ciencias para hacer que el derecho y la justicia no se transformen en un obstáculo para la equidad, el desarrollo, la democracia y la evolución social.

Estos aspectos, sumados a otros estructurales y culturales que aquejan al sistema de administración de justicia,¹⁴ nos demuestran que la mayoría de la ciudadanía prefiere guardar cierta distancia frente al aparato judicial o manejar sus conflictos a su manera, ya sea con la evasión sistemática, ya sea con la justicia motu propio o privatización violenta de la resolución de conflictos. Incluso en áreas urbano marginales y rurales, tomando el criterio de Alberto Wray, aparecen conductas y actitudes colectivas distintas a las ordenadas por las normas y difíciles de encasillar en las instituciones que reconoce la doctrina, de manera que en cierta forma interrogan al jurista, le plantean problemas y demandan una respuesta inmediata,¹⁵ de allí que podría resultar demasiado tarde y peligroso si el Derecho nos las considera adecuada y oportunamente en su seno.

Lo cierto es que la gente requiere de mecanismos de justicia cercanos, confiables y eficientes que ayuden a aminorar su drama social cotidiano al devolverle el sentido real de la misma basado en el respeto al ser humano en toda su dimensión.

En este contexto nace el concepto de la justicia comunitaria, pues aparece como muy obvio el hecho de que los distintos mecanismos formales y legales no han podido impedir la eclosión de mecanismos culturales, locales e informales de manejo de conflictos y hasta de otra justicia.

Qué es la Justicia Comunitaria

Sobre la justicia comunitaria señalaré que siempre ha estado presente en la realidad nacional, especialmente porque el derecho positivo y estatal no ha llegado a muchos sectores o llegando ha causado impactos negativos en la armonía cultural, de allí que la costumbre del lugar ha empezado a reemplazar paulatinamente a la ley nacional. Nos atreveríamos a decir, entonces, que la consecuencia inmediata de la omisión del Estado para brindar servicios óptimos de justicia ha generado una especie de para-institucionalidad (otra institucionalidad), donde algunos grupos marginales e incluso urbanos han procedido a legitimar y estructurar cier-

tos mecanismos propios orientados a la satisfacción de necesidades básicas, entre ellas la recuperación de la justicia y paz ciudadana. Surge inmediatamente la polémica, ya que algunos de estos mecanismos funcionan, en muchas ocasiones, en lugar del mismo Estado.

Para entender mejor la figura es bueno advertir que entre los elementos que la definen encontramos los siguientes: a) Es una forma de construcción de poder social, quizá como reacción a la falta de neutralidad del sistema jurídico, donde hay relaciones de poder en juego que no consideran a las comunidades en desventaja, b) presenta mecanismos culturales tradicionales para manejar conflictos desatendidos por el Estado en su afán y esfuerzo por institucionalizar el sistema de justicia, c) presenta funciones de control y regulación social que genera una justicia previsible y una cohesión en las comunidades, d) funciona en sectores rurales con mucha más frecuencia que en los urbanos, e) no se la entiende si no se comprenden sus bases comunitarias y valores propios, de allí que haya un manejo del Derecho sin intermediarios extraños, f) el acceso es fácil, aunque en algunos casos hay rituales o solemnidades previas que cumplir ante autoridades comunitarias, para que opere la coerción social, g) es una justicia conciliadora y coexistencial que busca resolver las distintas amenazas que se presentan en contra de la comunidad o al menos busca contenerlas y así mantener o recuperar la armonía que se requiere para vivir en paz y orden, y h) presentan grandes niveles de legitimidad y eficacia.

Los principios que dirigen o deben guiar la justicia comunitaria, a su vez, son el de reconciliación, armonía y paz comunitaria, equidad, informalidad, consensualidad y autonomía orgánica o inexistencia de dependencia externa.¹⁶

Mecanismos de justicia comunitaria

Ahora quisiera contestar tres interrogantes que obligatoriamente se relacionan con el tema tratado, a saber: 1) ¿Qué expresiones existen de justicia comunitaria en el país? 2) ¿Tienen legitimidad en la población? y 3) ¿Cuál es la actitud del Estado al respecto?

En cuanto a la primera pregunta, nos atrevemos a realizar el siguiente esquema, pues hallamos cuatro vertientes, bien diferenciadas:

a. Justicia indígena o conjunto de normas socio-jurídicas ancestrales que han sido re-descubiertas y aplicadas por las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. Este sistema normativo (Camachic) presenta un derecho en pleno movimiento, en transición y con una fuerza de acoplamiento a la realidad del momento. Podemos decir que este Derecho, basado en la costumbre y en la tradición, es efectivamente Derecho, siguiendo a Weber, porque se respetan cuatro aspectos que convergen para dar origen a la autonomía e identidad: 1) presenta autoridades legítimamente reconocidas, 2) hay una aplicación universal de la norma, 3) surge el derecho en el momento mismo que aparece el conflicto en la comunidad, y 4) la sanción se encuentra legitimada por la fuerza de la autoridad y por la aceptación de la comunidad.¹⁷

b. Métodos alternativos de manejo de conflictos comunitarios, especialmente la mediación comunitaria o sea

aquel mecanismo de facilitación de diálogo dirigido por un miembro propio de la comunidad que al conocer la realidad y costumbres ayuda a que las partes, individuales o colectivas, reenfoquen su conflicto en aras de la paz social y busquen acercamientos y una solución efectiva a sus diferencias. Consideramos que Ecuador ha dado un buen ejemplo en la difusión y uso de esta figura, siendo más importante su relativo éxito, por el simple hecho de no haberse contado con apoyo alguno del aparato público, que incluso la ha mirado con recelo y desconfianza, desde su aparecimiento positivo en la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997. De todas formas, instituciones como el CIDES (Centro sobre Derecho y Sociedad) han capacitado a más de doscientos mediadores comunitarios indígenas y campesinos después de un proceso sostenido de más de seis años de trabajo con comunidades quichuas de Imbabura, Chimborazo, Napo y Orellana. También han culminado procesos de capacitación en mediación comunitaria a cien personas de diferentes grupos urbano marginales, gremiales y populares de diversas ciudades del país.¹⁸

c. La Justicia de paz, con profundas raíces españolas y con un ejemplo regional andino digno de emular, que de cierto modo ya fue usado en nuestro país tanto en la colonia como en el siglo anterior. Esta figura presenta una doble ventaja, pues por un lado busca el avenimiento entre los disputantes y por otro, el juzgamiento en equidad de los conflictos individuales, vecinales o comunitarios que no pudieron ser solucionados por la mediación o conciliación previa, es decir, la justicia de paz usa dos modelos de manejo de conflictos que se complementan entre sí: el consensual y el adjudicatorio en equidad. Actualmente la justicia de paz se encuentra en un proceso de difusión y debate gracias a un aporte de la Unión Europea que ha auspiciado, entre otras actividades, la formación de la llamada red andina de justicia de paz y comunitaria formada por ONG de Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador.¹⁹

d. El aparecimiento de las denominadas juntas campesinas, figura que será el centro de nuestro estudio.

Por otra parte, consideramos que estos sistemas comunitarios de entender y practicar la justicia gozan de legitimidad ciudadana, aunque merecen un debate más profundo, que ya ha iniciado, pues necesariamente deben tener límites en la Constitución y en los Derechos Humanos.²⁰ La legitimidad se demuestra en el uso uniforme que hacen de ella sus beneficiarios y en la petición de que sea considerada por el derecho estatal en lo que respecta con la facilitación de un proceso de coordinación integral entre los dos sistemas, el comunitario y el estatal.

En lo relativo a la tercera interrogante, podemos advertir que el Estado ha aceptado la presencia de la justicia comunitaria, pero se ha limitado a constitucionalizar la justicia indígena, la mediación comunitaria y la justicia de paz, quedando aún pendiente la instauración de un proceso de creación de leyes orgánicas y ordinarias que hagan posible una aplicación de estas figuras con el apoyo del aparato estatal y en estrecha coordinación con el sistema ordinario de administración de justicia, ya que hasta hoy el desarrollo, práctica y entendimiento de estos conceptos más ha sido un esfuerzo de las propias comunidades o de la sociedad civil.

Concluiríamos entonces que hay una ausencia estatal. La excepción, sería la presencia de la Ley de Arbitraje y Mediación desde 1997.

¿Con qué criterios se manejan los conflictos en la Justicia Comunitaria?

¿Ha habido algún exceso?

Los criterios de aplicación de la justicia comunitaria se encuentran en pleno debate, como ya se advirtió, pues hay dos posiciones: por un lado, un universalismo de adoptar las normas constitucionales y derechos humanos como límite y por otro, un relativismo de que sea manejada conforme a sus propios principios, incluso ajenos al ordenamiento jurídico estatal.

Consideramos que aún persiste la confusión, sobre todo ante la dualidad de reacción social: tortura o sanción presente en la justicia indígena, especialmente en aquellos casos como el baño, en plena madrugada, con agua helada y hierbas espinosas a la persona que ha vulnerado el ordenamiento socio cultural de la comunidad indígena.

El criterio que empieza a ser aceptado es que los indígenas deben ser juzgados por indígenas y que los mestizos, a no ser que vivan en la comunidad india, deben ser juzgados o atendidos por mestizos en sus conflictos. La exigencia es un mínimo de derechos y garantías constitucionales que deben ser observados como el debido proceso y el conocimiento de sus derechos como ciudadano ecuatoriano.

Además es una práctica muy usual que el acuerdo logrado en una mediación comunitaria indígena no le exime al autor de una infracción comunitaria de sufrir las sanciones comunitarias, algunas ya señaladas anteriormente.

Las juntas campesinas

Se constituyen en un fenómeno relativamente nuevo dentro de la realidad socio-jurídica nacional y de hecho recién los medios de comunicación empiezan a describirlas como organizaciones que cometen abusos y que actúan al margen de la ley, sin hacer un análisis de las razones que originan su apareamiento, sin que por ello justifique ninguna actuación alejada del sistema jurídico nacional y del derecho.²¹

De todos modos y gracias al trabajo de campo hemos advertido que las juntas se encuentran esparcidas en varias provincias de la sierra, especialmente en las zonas subtropicales y tropicales de Pichincha, Cotopaxi, Bolívar, Tungurahua, Chimborazo, Cañar, aunque también funcionan en Los Ríos.

Sobre su estructura y funcionamiento podemos decir que se asemejan a las rondas campesinas del Perú,²² guardando aquellas diferencias históricas, culturales y políticas que no tienen las juntas ecuatorianas, en razón que las rondas se organizan, en parte, para librar una lucha anti subversiva (Carlos Iván de Degregori, *Las rondas campesinas y la derrota de Sendero Luminoso*, 1996).

Por esta razón, tengo una ambivalencia continua, pues por una parte creo en los derechos humanos, pero por otra, la ausencia de justicia que viven algunos pueblos alejados me hace reflexionar sobre su relatividad y la ausencia de

mecanismos de exigibilidad tal es el caso de los derechos económicos, sociales y culturales y de los mismos difusos y colectivos, sin dejar de lado los civiles y políticos.

Razones para su surgimiento

Conforme nos relatan algunos miembros pertenecientes a las juntas de Cotopaxi, Bolívar, Los Ríos y Pichincha, podemos colegir que su apareamiento se relaciona con la presencia permanente de enfermedades sociales como la delincuencia, especialmente el abigeato, el robo y la usurpación de tierras; la ausencia de autoridad y el vacío de poder dejado por los grandes terratenientes.

Para entender la proliferación de la delincuencia, los mismos miembros de las juntas de cuatro provincias nos dan las siguientes razones: a) *el deterioro del principio de autoridad en todos los niveles*, b) *la falta de supervisión en la administración de justicia*, c) *la inoperancia e incapacidad de las autoridades de turno*, y d) *el desconocimiento casi total del pueblo hacia la ley y el ámbito de acción de cada autoridad, razón por la que en Pangua, por ejemplo, el 80% de los requerimientos de justicia se presentan ante la autoridad equivocada, sumándose a ello la falta de profesionales del Derecho*.

Estas juntas, bautizadas por los moradores de los cantones y provincias donde funcionan como Juntas anti cuatreras,²⁴ empiezan a formarse desde la década de los ochenta, aunque realmente desde los noventa es que se transforman en una especie de entes de seguridad que organizan rondas diurnas y nocturnas para prevenir y controlar el robo de ganado así como también la perpetración de otros delitos más graves. En algunos casos, estas rondas han actuado en coordinación con la Policía y el Ejército Nacional, aunque en la mayoría de veces no proceden así, ya que en algunas zonas no hay efectivos militares en tanto que en otras tan solo prestan sus servicios uno o dos policías que se encuentran a cargo de las diferentes parroquias rurales siempre a órdenes del respectivo teniente político.

Además, cabe destacar que sus miembros, en su mayoría, son campesinos que viven fuera de los centros urbanos o sencillamente residentes en las parroquias que se dedican a la agricultura y ganadería. Al respecto, el campesinado se refiere a un grupo social ligado a un sistema socioeconómico peculiar por ello el campesino es el pequeño propietario o usufructuario de tierra que la cultiva usando su propia fuerza de trabajo, no significando una categoría meramente profesional.²⁵

En definitiva, podemos decir que las juntas campesinas se forman de manera paulatina con la concurrencia de agricultores, ganaderos, pequeños terratenientes o dueños de fincas, incluso algunos acomodados, que deciden estructurar la organización en busca de una unidad comunitaria preventiva y para ello jurídicamente deciden constituir una persona jurídica sin fines de lucro, generalmente un comité o asociación de campesinos. En la práctica, el nombre que toman es el de Comité Pro-defensa del campesinado de los diferentes cantones o parroquias y se basan para su conformación en el título XXIX del libro primero del Código Civil referido a las corporaciones y fundaciones como personas jurídicas sin fines de lucro sujetas a aprobación del Ejecutivo.

El síndico de una de las organizaciones de Cotopaxi nos relata las razones por las cuales se crean las juntas: *Ante esta arremetida delincencial, el pueblo perjudicado se organiza fundamentado en los siguientes objetivos: a) el acoger en su seno al mayor número de campesinos del cantón b) capacitar para el fortalecimiento de la organización comunitaria, procurando de sus autoridades el derecho a todos los servicios tales como: salud, educación, vialidad, transporte, comunicaciones, luz, agua y justicia para la defensa de la vida de las personas, como el respeto a los bienes ajenos; y c) para el cumplimiento de sus objetivos, debiendo elaborar y desarrollar planes, programas y proyectos en beneficio de toda la comunidad cantonal.*

En la realidad, estas instituciones empiezan como un espacio social para controlar los robos, pero poco a poco y a medida que aumenta el número de sus miembros empiezan a ampliar el ámbito de acción.²⁶ Así hoy día manejan desde conflictos domésticos de sus miembros hasta titulación de tierras entonces, podríamos decir que su tarea crucial resulta ser la imposición de normas sociales, pues es al Comité o Junta a los que acuden los campesinos con sus demandas, preocupaciones y reclamos de cualquier índole. Aquí nace el impasse con el formalismo y positivismo, pues surge un movimiento distinto a la justicia formal que busca un manejo de conflictos basado en el consenso y la protección de los intereses de grupo, donde el castigo físico tiene una presencia simbólica, no solo de amedrentar o infundir miedo sino de efectos psicológicos que buscan no solamente el castigo por el castigo o simple ajusticiamiento sino la reincorporación de los miembros del grupo que han delinquirido a la comunidad y la rehabilitación de los terceros ajenos que han actuado en contra de la misma comunidad, pues de lo que se trata es de dar una solución definitiva y concreta al problema de la delincuencia.

Nos preguntamos el por qué de este comportamiento en contra de los agresores, especialmente de los abigeos. La respuesta no se hace esperar, pues los socios me han relatado varios escenarios negativos como el hecho de que, en un inicio, los delincuentes eran entregados a la policía y al sistema judicial, pero desafortunadamente salían en libertad a día seguido, causando malestar social, tomándose represalias y hasta iniciando juicios penales en contra de los miembros de las juntas que los entregaron a la autoridad. Por esta situación su denominación de comité pro-defensa, pues se sienten a la defensiva frente a las intolerables condiciones de vida, causadas sobre todo por los robos y por la ineficiencia del poder público.²⁷ Los resultados han sido relativamente satisfactorios, pues han recuperado la paz ciudadana, la seguridad y hasta han podido rehabilitar a campesinos y no campesinos que han cometido infracciones en las zonas de influencia de las juntas campesinas.

Uno de los pobladores de la parroquia Moraspungo me relataba lo siguiente: *Antes esto era como el oeste, todo se arreglaba a pistola limpia, ahora hay como andar y como trabajar y en eso el comité ha apoyado mucho.* Esta situación de éxito ha coadyuvado para obtener varios avances en el desarrollo de las comunidades rurales, así: la posibilidad de contar con una sede social, la coordinación con los gobiernos seccionales y con las juntas parroquiales, el respeto de las comunidades para manejar varios temas como la educación, la salud, la exigencia de servicios públicos y hasta

conflictos familiares y personales de los miembros y de sus allegados, la facilitación de capacitación socio jurídica, el surgimiento de nuevos líderes con espíritu solidario, entre otras.

Lamentablemente hay también aspectos negativos, especialmente la presencia de excesos en contra de los derechos humanos, aunque son realmente la excepción; empero, hay que aclarar lo siguiente, pues en la mayoría de los casos los conflictos se arreglan gracias a la aceptación de la responsabilidad de las partes implicadas en el delito; únicamente si no hay dicha aceptación, puede venir la violencia, como excepción, pues ayudará como castigo ejemplar y rectificador. Resulta realmente increíble el debate normativo que opera en cada caso, pues todas las decisiones operan de manera colectiva y luego son discutidas en asambleas. La violencia, entonces, se dibuja en forma de latigazos o castigos corporales, dependiendo su intensidad de la reincidencia o no de los infractores y esto ha generado, en opinión de los críticos, una riesgosa tendencia de privatización de la violencia, a lo cual agregaría que es causada directamente por la ausencia del Estado y que por ello debe ser enfrentada no con juicios penales sino con un análisis real y profesional de las fuerzas y hechos sociales para contribuir posteriormente con soluciones apropiadas.²⁸

También y como resultado de la difusión del éxito alcanzado, muchos campesinos de comunidades cercanas empezaron a pedir apoyo a los comités conformados, ya sea para pertenecer a ellos, ya sea para constituir otros nuevos; de allí ha surgido, entonces, la necesidad de conformar una confederación que reúna a los comités de las diferentes provincias.

Finalmente quiero citar a un jurista, posiblemente el que más ha estudiado la justicia comunitaria o popular andina, Hans Jürgen Brandt, quien nos dice que no es positivo idealizar este tipo de justicia, aunque no hay que perder de vista su legitimidad y su complementariedad y hasta contradicción con el derecho formal.

*No queremos idealizar la justicia popular. Como hemos visto se aplican-sobre todo en zonas rurales andinas- sanciones, tales como castigos corporales, maltratos, que configuran violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, son inaceptables desde nuestro punto de vista. Pero hay que considerar, que en las poblaciones analizadas la justicia popular o paralela es altamente aceptada. Los campesinos y los nativos prefieren resolver sus conflictos prioritariamente a este nivel. Sólo si estas instancias no satisfacen sus reivindicaciones surge la necesidad de considerar el derecho nacional y las instancias estatales.*²⁹

Entonces, advertimos que en el mundo jurídico existen anomalías que deben ser estudiadas, sobre todo si queremos entender los conceptos de estado social de derecho y justicia y para ello el Estado deberá disminuir, lo más posible, sus niveles de violencia reflejados en la falta de atención a las comunidades alejadas, ya sea en infraestructura, ya sea en servicios básicos como la justicia. Con ello, se confirma el aserto que la violencia solamente engendra violencia, puesto que las juntas surgen ante la ausencia de la justicia, transformándose inclusive en un problema de ciudadanía, pues el miembro del comité u asociación campesina adquiere voz y presencia local que nunca la tuvo antes.

Recomendaciones para el Estado

La realidad existe y debe ser atendida; un simple decir los comités se encuentran fuera de la ley y deben ser investigados no basta para dar soluciones de fondo.

Consideramos oportuno lo siguiente:

- a. La promoción y difusión de los métodos alternativos de manejo de conflictos en las zonas de influencia de los comités pro-defensa. Al respecto, el Centro sobre Derecho y Sociedad CIDES, gracias al programa regional de justicia de paz auspiciado por la Unión Europea ha iniciado un proceso de difusión de la mediación comunitaria y la justicia de paz en algunas regiones del país, especialmente en poblaciones marginales campesinas e indígenas como en zonas urbanas importantes como Quito, Cuenca y Guayaquil; para ello se ha considerado las experiencias existentes en mediación comunitaria en comunidades indígenas, campesinas y de grupos marginales, especialmente las desarrolladas con éxito por la ONG. Dentro de esto se trabaja con dirigentes de comités pertenecientes a las provincias de Cotopaxi, Bolívar, Los Ríos y Pichincha.
- b. Es fundamental que el Estado establezca políticas judiciales innovadoras y para ello hay que desarrollar un perfil adecuado basado en el concepto de mejorar el acceso al sistema de justicia y brindar igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos; caso contrario la justicia se parecería a lo dicho por Alejandro Garro y Lord McCluskey, pues para ellos *los Tribunales y servicios legales están en teoría disponibles para todos, del mismo modo en que lo está el Hotel Sheraton: cualquiera puede entrar; todo lo que se necesita es dinero*. Es decir, el reto es equilibrar la igualdad jurídico-formal y la desigualdad socio-económica así como vencer la mayoría de los obstáculos estructurales, sociales y culturales que impiden el efectivo acceso.
- c. No puede esperar más la implementación de la justicia de paz, que en mi opinión es una institución bisagra, pues sirve de nexo o puente entre la justicia estatal y comunitaria, mas aún si usa los MASC comunitarios y la equidad o justicia que emerge del caso concreto, o sea, se centra en el derecho justo y no en la justicia legal. Recuérdese que los jueces de paz tratan, en primer lugar, de avenir a los disputantes y solamente en caso infructuoso juzgarán en equidad. Entonces hay una necesidad impe-

riosa de su incorporación al sistema de administración de justicia, puesto que los capacitados como jueces de paz, hombres o mujeres, son funcionarios judiciales que conocen los dos sistemas jurídicos, pero que guardan la condición de funcionario judicial y a la vez se constituyen en un miembro respetado de la comunidad. Además son mediadores que conocen el manejo apropiado de los conflictos, la pedagogía comunitaria y la potenciación individual y colectiva, devolviendo así la confianza en el sistema. Finalmente su designación es eminentemente local y democrática. Si no es posible su nombramiento, entonces, deberán iniciarse, por lo menos, procesos de capacitación a los tenientes políticos, jefes políticos, comisarios nacionales y municipales, intendentes y subintendentes en técnicas básicas de manejo de conflictos.³⁰

d. Es hora que se empiece a dar el verdadero valor a la mediación comunitaria, que incluso ha sido debidamente recogida en la Ley de Arbitraje y Mediación y en la Ley de Juntas Parroquiales, pues brinda una oportunidad sin parangón para que la responsabilidad ciudadana sea una realidad en las diferentes zonas rurales del país, en el sentido de acudir a la justicia formal única y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario.

e. Sería recomendable que el Consejo Nacional de la Judicatura incorpore un equipo de instructores para que pueda ser el órgano encargado de la vigilancia y control de la justicia de paz, siempre en coordinación con las comunidades y la sociedad civil. Para ello, sería óptimo contar con materiales adecuados tales como: manuales de procedimiento, sistematización de costumbres, sistematización de instrumentos internacionales, entre otros.

f. Es imprescindible la aprobación de la Ley Orgánica de la Función Judicial, donde se incorpora a la justicia de paz, caso contrario, habría que trabajar mucho con los mediadores comunitarios o propugnar una ley orgánica de justicia de paz. Como se advierte el camino es largo, pero debe recorrérselo, pues es inminente un retroceso en la seguridad jurídica, si no hacemos nada.

Para finalizar y en honor a la verdad, considero que es hora de empezar a descubrir el verdadero sentido del estado social de derecho basado en criterios ciertos de inter-culturalidad, tolerancia y pluralidad. Queremos justicia entonces, debemos crear las condiciones para entenderla, descubrirla y administrarla oportunamente.

Notas

1. Alberto Wray explica que el legalismo, es decir, el culto irracional a la letra de la ley; la tendencia a copiar los textos legales extranjeros; la rutina y el poco oficio reflejados en buena parte de alegatos, sentencias y demás documentos legales, son algunos de esos indicios. Ver su trabajo Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, primera edición, Quito, 1999, pág. 7
2. Notas editoriales de Diego Eduardo López en Libertad y Restricción en la Decisión Judicial, El debate con la teoría crítica del derecho, Duncan Kennedy, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto pensar, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999.
3. El académico critica duramente a esta figura y dice: *...Esta presunción se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, sabiendas de que es una falsedad, a sabiendas: Primero, de que nadie*

Notas

conoce todo el derecho, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado; Segundo, de que es imposible que la mayoría y aun esa minoría misma, las conozca todas; y Tercero, de que la presunción conforme a la verdad de los hechos, conforme, por tanto, a la razón, a la justicia y a la lógica, sería cabalmente la inversa, que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario... Costa, Joaquín, El problema de la Ignorancia del Derecho, Manuales Soler, Sucesores de Manuel Soler editores, Imprenta de Domingo Clarasó, Barcelona, pág. 5 y 6.

4. Hace cinco años se realizó un estudio dirigido por la Asociación de Empresarios del Ecuador (ANDE) sobre el sistema legal del país y de la forma en que propicia la corrupción, investigación que determinó que en 172 años de vida republicana se crearon 124.540 normas; continuando en vigencia 48.570. Además el estudio concluye dos aspectos: a) Este enorme número de leyes superpuestas, ambiguas y contradictorias, crea un caos en el que los burócratas aplican las leyes a su propia discreción, b) En los últimos 23 años de régimen democrático se dictaron más normas (58.256). Diario El Universo, 29 de julio de 2002, pág. 2 A, reportaje denominado *Corrupción, el desgarrón económico*.
5. Las principales razones por las cuales la norma jurídica no es debidamente conocida por la mayoría de la población son: lenguaje extraño y ajeno al pueblo, desconfianza en el sistema de justicia, excesivo número de normas, pobre nivel de escolarización de los usuarios, escasa difusión de las mismas en sitios alejados de las grandes ciudades, sistemas incipientes de acceso a la justicia. Además, existen barreras socioeconómicas, culturales, sociológicas y hasta psicológicas entre los ciudadanos que el Estado no ha podido enfrentar peor coordinar.
6. De Sousa Santos, Boaventura, *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Primera edición, Bogotá, 1991, pág. 155.
7. Resulta muy importante estudiar el capítulo IX Informalidad y Fuentes del Derecho del profesor Marcial Rubio Correa, en su obra *El Sistema jurídico (Introducción al derecho)*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, octava edición, Lima, 2002, pág. 231 a 236.
8. Autores como Boaventura de Sousa Santos y Diego Duquelsky Gómez defienden esta tesis: El primero sostiene que *...En las dos últimas décadas, la investigación sobre el pluralismo jurídico llamó nuestra atención sobre la existencia de derechos locales en las zonas rurales, en los barrios urbanos marginales, en las iglesias, en las empresas, en el deporte, en las organizaciones profesionales. Se trata de formas de derecho infraestructural, informal, no oficial y más o menos consuetudinario*.
9. De Trazegnies Granda, Fernando, *Postmodernidad y Derecho*, Monografías Jurídicas 86, Editorial Temis, Bogotá, 1993, pág. 100.
10. Para profundizar este tema ver la obra *Estado, Derecho y Luchas Sociales* de Boaventura de Sousa Santos.
11. Garro, Alejandro, *Acceso de los pobres a la justicia en América Latina* en la obra colectiva *La (in) efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Piados, primera edición, Buenos Aires, 2002, pág. 279 a 303.
12. Facilitada por una Donación del Gobierno japonés, a través del Banco Mundial, la nueva etapa de trabajo de Projusticia se abre hacia cuatro frentes bien definidos: Justicia Indígena, Cultura y Justicia de Paz, Servicios de Resolución Alternativa de Conflictos y Defensoría Pública. Datos obtenidos en la presentación oficial del Fondo el día 19 de diciembre de 2002.
13. No podemos dejar de indicar que el sistema adolece de los siguientes males: a) el servicio es costoso, pues únicamente los casos penales, laborales, de alimentos y de menores son gratuitos, ya que en las demás causas, el Consejo Nacional de la Judicatura fija el respectivo monto de las tasas por servicios judiciales, dinero que sirve para la autogestión financiera; lamentablemente en muchas zonas rurales algunos empleados judiciales piden dinero incluso para el despacho de los trámites que constitucionalmente son gratuitos, b) lenta e inoportuna, pues hay una demora bastante considerable en el despacho de la mayoría de juicios, aspecto que causa angustia, desconfianza e impunidad en los usuarios, c) politización y carencia de políticas públicas judiciales, pues lamentablemente no hay voluntad estatal integral para finiquitar los procesos de reforma legal y modernización del aparato judicial, tema que conspira contra la independencia, transparencia y calidad que merece el

Notas

- valor justicia. d) muchas veces los fallos y decisiones de la justicia, constitucional y legal, causan malestar en el Ejecutivo y generan una especie de pugna de poderes, tal y como se ha observado en algunos casos como la rebaja del IVA, privatización de las eléctricas, etc.
14. Wray, Alberto, *Derecho, Costumbre y Comunidad*, Revista Ruptura, Año XXXVIII, Número 31, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1987, pág. 37 a 51.
 15. Sobre estos principios se puede profundizar en el artículo Justicia Comunitaria: Claves para su comprensión, de Edgar Ardila en la Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico No. 12, Justicia Comunitaria, Parte I, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 2000, pág. 43 a 52.
 16. Para mayor información se puede consultar las siguientes obras: Alberto Wray et alie, *Derecho, pueblos indígenas y Reforma del Estado*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 1993; Antonio Peña Jumpa, Vicente Cabedo y Francisco López Bárcenas, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera edición, Lima, 2002; Judith Salgado, compiladora, *Justicia indígena, aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya Yala, primera edición, Quito, 2002; Fernando García, *Formas indígenas de administrar justicia*, FLACSO, sede Ecuador, RISPERGRAF, primera edición, Quito, 2002; Revista IURIS DICTIO, Agosto 2002, Año III No. 6, publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, sección monográfica.
 17. Para mayor información ver mis artículos Los Medios alternativos de solución de conflictos en las comunidades indígenas ecuatorianas, en Resolución Alternativa de Conflictos, Centro de Mediación de CLD, Quito, 1997, páginas 173 a 184; La mediación comunitaria: un parámetro para la efectividad de los métodos alternativos de manejo de conflictos, Revista Ruptura, No. 43, Tomo II, AED de la facultad de Jurisprudencia de la PUCE, 2000, pág. 275 a 280. También ver el artículo de Farith Simon, Investigación sobre acceso a la justicia en la República del Ecuador, en Acceso a la justicia y equidad, Estudio en siete países de América Latina, BID, IIDH, primera edición, San José, 2000, páginas 71 a 118.
 18. Trabajos nacionales sobre justicia de paz son escasos, salvo uno terminado por el magistrado Santiago Andrade y algunos elaborados por el autor del presente artículo, entre ellos consultar: Factores jurídicos, políticos y técnicos de los jueces de paz en Ecuador, en Justicia de paz en la Región Andina, Experiencias comparadas, utopías compartidas, Norma Gálvez editora, Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto, Plural, NED y CEJ, Bogotá, 2000, pág. 145 a 157; La justicia comunitaria y los métodos alternativos de manejo de conflictos en el Ecuador, en La Justicia de paz en debate, Instituto de Defensa legal, gráfica Bellido, Lima, 1999, páginas 177 a 190; Pasos importantes para la justicia de paz, en Revista ideele, No. 150, edición especial, Lima, página 119. Además los boletines 1 y 2 de la Red andina de justicia de paz y comunitaria, Justicia en los Andes, Unión Europea, mayo y agosto de 2002.
 19. Durante el seminario internacional Justicia y Violencia en las zonas rurales: la experiencia de la región andina, realizado en noviembre de 2002 en Lima se debatió profundamente sobre el tema de los límites que debe tener la justicia comunitaria y aparecieron dos tendencias: a) Una universalista que indica que la justicia comunitaria no puede traspasar las disposiciones constitucionales ni los derechos humanos, y b) Una relativista o comunitaria que indica que los límites de la justicia comunitaria son aquellos que la misma comunidad quiera y establezca. Algunos autores colombianos como Rosember Ariza y Ricardo Serrano, al referirse a los límites, nos dicen que aquellos no son ninguno de los anteriores (Constitución, ley y derechos humanos) por tres razones básicas: a) Actúa respaldada de la comunidad y trabaja en las comunidades locales exclusivamente, b) Acepta la violación de los derechos humanos para evitar un mal mayor, especialmente en aquellas zonas de influencia de las fuerzas paramilitares y guerrilleras, y c) Muestra encrucijadas donde impera solamente el derecho a la vida. Particularmente me inclino por una teoría diferente, pues comparto el criterio de Michael Walzer en el sentido que asigna a la justicia una naturaleza radicalmente pluralista: ésta es, entonces, la creación de una co-

Notas

- unidad política determinada en un momento dado; en cada sociedad hay diferentes tipos de bienes sociales, cuya distribución requiere en cada caso un criterio particular de justicia. Ver Pluralismo, Justicia e Igualdad, David Miller y Michael Walzer compiladores, Fondo de Cultura económica, primera edición en español, Buenos Aires, 1997.
20. Las Juntas al margen de la Ley, diario El Comercio, 16 de noviembre de 2002, pág. D 4.
 21. Podemos encontrar una buena información sobre *las rondas en la obra Las Rondas Campesinas de Piura* de Ludwig Huber, Instituto de Estudios Peruanos/Instituto Francés de Estudios Andinos, (colección mínima, 31), Lima, 1995.
 22. Por ejemplo en la provincia de Cotopaxi nos relatan lo siguiente: .. *Por el olvido de los gobiernos de turno, tanto nacionales como seccionales, y la incapacidad de las autoridades del Cantón, en la década del 80 se prolifera la delincuencia organizada en todo el cantón Pangua, como en las parroquias vecinas tales como San Luis de Pambil y Quinsaloma, de Bolívar y Los Ríos, respectivamente; delincuencia especializada en los delitos de abigeato, asalto y robo, como la usurpación de tierras entre sus propios vecinos.* (entrevista a síndico de una de las organizaciones).
 23. La palabra anti cuatrera se relaciona directamente con el término cuatrero que se refiere al ladrón que hurta bestias y en general a aquella persona que genera desconfianza en la comunidad porque roba o engaña a sus diferentes miembros. Entonces, junta anti cuatrera quiere decir aquella reunión de miembros de una comunidad que busca dirigir asuntos importantes para su bienestar como el hecho de enfrentar a los ladrones que arrecian en la sociedad y que lamentablemente no han tenido la intervención oportuna de las autoridades represivas para castigar a los responsables y devolver el orden a la colectividad.
 24. Mayor información se puede obtener en el Manual de las Asociaciones de campesinos de William Ochoa Parra, Ediciones CALPED – SELA, Serie: Estatutos, No. 6, primera edición, Cuenca, 1993.
 25. Actualmente, verbi gratia, *el comité pro-defensa del campesinado de Pangua reúne a 2600 socios afiliados, de entre los comités de desarrollo comunitario de las 4 provincias, tales como Cotopaxi, Pichincha, Bolívar y Los Ríos...* (Carta remitida al autor por el síndico del comité, 16 de junio de 2002).
 26. Igual situación ocurre en Perú. Ver la obra citada *Las rondas campesinas de Piura*, pág. 38.
 27. Los casos de extorsión, secuestro, asesinato u otras expresiones delictivas no son frecuentes en las juntas estudiadas y en caso de suceder estas infracciones, la asamblea se encarga de remitir el caso a las autoridades respectivas. Recuérdese que el objetivo de los comités es la protección y prevención contra el abigeato. Al respecto, incluso las autoridades de policía encuentran como requisito ineludible la instauración de un diálogo fecundo y una coordinación real con los dirigentes de los comités.
 28. Brandt, Hans Jürgen, Justicia popular: nativos, campesinos, CDIJ, Lima, 1987, pág. 173 y 174.
 29. Una experiencia piloto se realiza en la provincia del Azuay gracias al auspicio de la Unión Europea, CIDES, la Gobernación del Azuay y el centro de mediación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cuenca.

El Habeas Corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas

Domingo García Belaunde.

El presente texto es la reconstrucción de mi intervención en el seminario organizado por el *Center for Constitutional Studies and Democratic Development* de la Universidad de Bologna, el día 2 de octubre de 2001, por gentil invitación de mi dilecto amigo el profesor Lucio Pegoraro. Por la naturaleza de la exposición, no entra en mayores detalles ni aporta aparato crítico. Pero al interesado en mayores referencias, remito a mi ensayo *El Habeas Corpus latinoamericano* publicado en el libro colectivo *Constitución y constitucionalismo*, hoy, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000. La versión inglesa tiene la siguiente ficha: *Latin American Habeas Corpus en Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 49, 2001.

Introducción

Como es de sobra conocido, el Habeas Corpus es una institución del derecho anglo-sajón que nacida en Inglaterra en fecha incierta, pero en todo caso a mediados del siglo XIII, se extendió a sus colonias de ultramar (en especial, a las que luego serían los Estados Unidos), y de ahí a otros lugares más.

Así, el Habeas Corpus ha nacido y se ha desarrollado sobre todo en su país de origen, Inglaterra, o más en concreto, en el Reino Unido, y sólo más adelante en los Estados Unidos, así como en otros países de influencia inglesa.

Sin embargo, lo que no ha sido suficientemente estudiado es cómo llegó el Habeas Corpus a la América Latina, cómo se desarrolló y sobre todo, cuál es su fisonomía actual y sus perspectivas.

Pero podemos adelantar que a nuestro criterio, uno es el Habeas Corpus nacido en la Inglaterra medieval y desarrollado luego en el contexto del common law, y muy otro es el que llegó a las tierras de América Latina, se adaptó en su tradición jurídica de base romanista, y adquirió una fisonomía peculiar, acorde con las necesidades del medio. Esto nos lleva a hablar, por cierto, de una matriz del Habeas Corpus que es sajona con varios desarrollos independientes, o mejor aún, a sostener que al lado del Habeas Corpus sajón (fundamentalmente inglés y norteamericano), existe un Habeas Corpus latinoamericano, sobre el cual vamos a decir algo en nuestra exposición del día de hoy.

Caracteres generales: aproximación

Lo primero que cabe llamar la atención en el Habeas Corpus latinoamericano es su relativa antigüedad, ya que si bien no es dable compararlo con el Habeas Corpus anglo-

sajón, que nace a mediados del siglo XIII -si bien su desarrollo legislativo es muy posterior, tiene una vida que excede el siglo, aparece por vez primera en proyectos de 1810 y muy por delante de otros instrumentos que han aparecido o cuajado avanzado ya el siglo XIX, y quizá muy entrado el siglo XX.

El segundo aspecto que vale la pena considerar, es su rápida recepción y, sobre todo, su continua expansión, que es característica, por así decirlo, de un continente que durante todo el siglo XIX vivió en permanentes convulsiones políticas, y que en mayor o menor grado las sigue teniendo todavía. Y no sólo expansión a nivel legislativo, sino vigencia real y efectiva, y en cualquier caso, vivencia del instituto entre la población de la región.

Y el tercer punto, ya señalado, es que a diferencia del Habeas Corpus sajón, importante pero en cierto sentido restringido - como lo es aún el Habeas Corpus español en la América Latina tiene características peculiares, llegando al extremo de que la mayoría de los países latinoamericanos lo han introducido en sus constituciones y hacen de dicho instituto un proceso ágil y garantista, cada vez más de un inequívoco contorno constitucional y con una cobertura muy amplia.

El problema de los nombres

Si bien desde un principio se conoció el instituto por su propio nombre, esto es, Habeas Corpus, en su difusión ha optado a veces un nombre distinto, pero que no deja lugar a dudas. Así, por ejemplo, en varios países de Centroamérica se utiliza preferentemente el vocablo *exhibición personal*, mientras que durante años, y fruto de la indefinición de la derogada Constitución de Venezuela de 1961, se le llamaba Habeas Corpus o Amparo. Y en Chile, se denomina como *recurso de protección*, y se conoce como *amparo* al que está destinado a la tutela de la libertad personal. No obstante, la doctrina chilena entiende claramente lo que es un Habeas Corpus, y así lo señalan sus estudiosos.

Por tanto, si bien con algunas variantes, lo cierto es que la tendencia es que el nombre del instrumento procesal que se utiliza es el de Habeas Corpus. Y cuando se emplea otro nombre, hay acuerdo de que en el fondo nos estamos refiriendo a lo mismo.

Antigüedad y criterios

Existe un debate, no muy extendido, sobre cuál sería la antigüedad del Habeas Corpus en la América Latina. Y esto por la sencilla razón de que no siempre existen criterios

uniformes para fijar lo que es la institución y también por la confusión terminológica o conceptual que existe entre los estudiosos.

Por tanto, a fin de precisar nuestro enfoque, creo que hay que distinguir dos aspectos: por un lado, la existencia de los derechos de la persona humana, en cuanto exigibles frente al poder, y por tanto, que el particular puede oponer a la autoridad. Y entre ellos, la libertad individual. Ésta es una conquista muy antigua y existe en todas las constituciones. La primera que se sanciona en la América Latina, la venezolana de 1811, muy influenciada por la de Estados Unidos de 1787, así como otras de la misma época (las locales que con anterioridad existían en lo que es hoy el territorio de Colombia), contienen declaraciones de derechos, que incluyen la libertad personal.

Sin embargo, la existencia de derechos proclamados o reconocidos por el Estado o en sus textos fundamentales no significa que de por sí sean respetados o que realmente sean vigentes. Este es el error en el que cayeron los revolucionarios franceses y así se repitió en nuestros países. Esto es, la declaración de derechos no pasaba de ser eso y por sí misma no garantizaba nada. Dicho en otras palabras: los derechos sólo se respetaban y protegían cuando existían adicionalmente instrumentos jurídicos que tenían ese objetivo y estaban diseñados para ello.

Y por eso, cuando nos referimos al Habeas Corpus, estamos haciendo mención a un derecho instrumental, o sea, a un conjunto de procedimientos más o menos articulados, con los cuales se puede defender algo. Dicho en lenguaje moderno: el Habeas Corpus es un instrumento procesal, o un proceso destinado a la protección de otros derechos. Y sin importar cuál sea su nombre, es evidente que tiene un carácter adjetivo, ancilar en relación con otros fines, y que se realiza defendiendo a terceros (y así lo fue siempre desde su aparición en la Inglaterra medieval).

Pero existen tendencias que identifican el derecho (libertad individual) con su instrumento de defensa y creen que ambos son lo mismo. Así, identificando el Habeas Corpus con la libertad individual, se sostiene que habría existido el Habeas Corpus en las constituciones de 1811 (de Venezuela) y otras de la época o que vinieron después (por ejemplo, la chilena de 1833). Pero esta tesis es errónea. No se puede sostener válidamente que existe el Habeas Corpus si se carece de un procedimiento expeditivo para la libertad individual, configurado de manera expresa. La simple enumeración del derecho no es suficiente. Aparte de los derechos, lo que es necesario es la proclamación del instrumento protector, que en los casos mencionados no se dio.

La creación de este instrumento protector puede hacerse por ley ordinaria o por norma constitucional. En el caso concreto del Habeas Corpus, lo que sucedió fue lo primero

Etapas en su desarrollo: desde 1810 en adelante

Al parecer, la primera vez que se plantea seriamente la incorporación del Habeas Corpus a un ordenamiento positivo fue en las Cortes de Cádiz y en 1810. Como se sabe, estas Cortes convocadas a raíz de la invasión napoleónica a España, y en la cual participaron no sólo españoles sino también españoles de ultramar (como se conocía entonces a los habitantes de la América española y de las Filipinas)

programaron y diseñaron un texto que sería aprobado en 1812 y que tendría vasta influencia tanto en la misma España como en sus provincias de ultramar, y por cierto en la misma Europa. Pues bien, en ella y en 1810, Manuel de Llano, diputado suplente por Guatemala, propuso incorporar el instituto del Habeas Corpus, siguiendo el modelo del que existía en Inglaterra, lo cual da cuenta del grado de información que en materia política y jurídica tenían las élites del Nuevo Mundo. El proyecto fue aprobado, según se sabe, para ser destinado, en medio del debate, al capítulo sobre el Poder Judicial, en donde finalmente se perdió en medio del tumulto de aquellos días. Pero la idea, sin lugar a dudas, quedó.

Otros más tarde mencionaron el Habeas Corpus en sus proyectos de constitución, como es el caso de Ignacio López Rayón, en sus conocidos Elementos constitucionales de 1812 y que circularon en México, aun cuando no tuvieron vigencia alguna. Y muchos más lo repitieron, como es el caso de Manuel Lorenzo de Vidaurre en 1827, y en relación con un proyecto constitucional que preparó para el Perú. Y también el proyecto de Eduardo Livingston de 1831 que confeccionó para la Luisiana, por influencia del ilustre Jeremy Bentham, y que fue traducido y recepcionado en Guatemala.

Pero es en el Imperio del Brasil en donde se consagrará, a nivel de derecho positivo, el Habeas Corpus en 1830. Así consta en el Código Penal de ese año, que se reitera en el Código de Procedimientos Criminales que se sanciona en 1832.

Y en 1837 es cuando el Habeas Corpus se incorpora en el derecho positivo de Guatemala, siguiendo al pie de la letra el Código de Livingston, antes citado. Posteriormente, en la Constitución de El Salvador de 1841 se consagra por vez primera en América Latina el Habeas Corpus en el más alto nivel normativo.

A partir de esta fecha, el Habeas Corpus va a tener una influencia expansiva en el resto de los países del continente, influencia que perdura hasta ahora.

En este proceso queremos señalar algunas fechas adicionales, con carácter meramente referencial:

- i) Argentina incorpora el Habeas Corpus en 1863,
- ii) Honduras en 1865,
- iii) Chile en 1891,
- iv) Perú lo hace en 1897,
- v) Cuba en 1898,
- vi) Puerto Rico en 1898.

Entre algunos países que han incorporado el Habeas Corpus en el siglo XX señalemos los siguientes:

- i) Panamá en 1904,
- ii) Uruguay en 1918,
- iii) Ecuador en 1929,
- iv) Bolivia en 1931,
- v) Costa Rica en 1931,
- vi) Venezuela en 1947,
- vii) Colombia en 1964.

El caso especial de México

Lo importante del Habeas Corpus es que llegó a la América española por influencia de Inglaterra y de ahí se expandió notablemente. Algo lentamente en el siglo XIX, pero con más fuerza en el siglo XX, aparece la presencia de los

Estados Unidos en esta materia. Sin embargo, ellas no alcanzaron a México. Veamos porqué.

México, como se sabe, era un Virreinato español que se asentaba en el territorio que actualmente ocupa, sin contar con los territorios perdidos en la guerra con los Estados Unidos, Guatemala y los países que hoy constituyen Centroamérica. De estos, algunos se perdieron solos (Texas) y otros se separaron, pero luego se reincorporaron, como es el caso del Estado de Yucatán.

Esto último explica por qué se adoptó el Amparo en la Constitución del Estado de Yucatán en 1841, sobre la base de un proyecto de 1840, y luego se extendió al resto de Estados mexicanos, plasmándose luego en la normativa federal.

Desde sus comienzos, México utilizó el Amparo como un instrumento procesal para la defensa de varios tópicos, entre ellos el control de constitucionalidad así como la defensa de los derechos individuales, entre los cuales se encontraba la libertad individual. Esto es, el Amparo fue desde un principio un instrumento protector múltiple, que servía para defender varias cosas, entre ellas, la libertad individual. Dicho en otras palabras, el Habeas Corpus no existió sino que fue subsumido dentro de un Amparo amplio y omnicompreensivo. Y así se fue desarrollando desde 1847 hasta nuestros días, con numerosos cambios y aditamentos.

Esta posición especial de México de no aceptar el Habeas Corpus, sino una institución compleja que la comprendía dentro de ella, junto con otras más, es singular y no ha tenido seguimientos y es además fruto de su desarrollo histórico. Incluso en Centroamérica, tan receptiva de todo lo mexicano, esta postura no ha tenido predicamento.

Más bien, el desarrollo en Centroamérica ha sido distinto. Y es que como estos pueblos tenían ya en su legislación y prácticas el instituto de Habeas Corpus con mucha anterioridad, aceptaron el Amparo como instrumento defensor de los derechos individuales, con excepción de la libertad individual, que reservaron al Habeas Corpus. Esto es, en Centro América se dio desde muy temprano esta defensa bifronte de los derechos de la persona.

Y el mismo panorama se observa en la América Latina: existe el Habeas Corpus para la defensa de la libertad individual y el resto de derechos son defendidos por el Amparo (o por otras instituciones similares como son la Acción de Tutela en Colombia, el Mandato de Seguridad en Brasil, etc.).

Alcances del instituto

El Habeas Corpus nació primero en la jurisprudencia inglesa en el siglo XIII, y sólo más tarde alcanzó consagración legal, en especial con las leyes de 1640, 1679 y 1816. Y se ejercitaba a través de los writs, que perseguían defender la libertad individual, pero a través de diversas variantes. Por lo pronto se admite que el writ of habeas corpus tenía en realidad siete (7) modalidades, de las cuales la que está actualmente en uso y goza de mayor importancia, es el llamado habeas corpus ad subjudiciendum.

Y por tanto, estos son los que han pasado a la América Latina y son los más importantes. Sin embargo, tal traslado de instituciones no ha sido una labor mecánica, sino que ha tenido un evidente carácter creador, a tal extremo que el Habeas Corpus ha desarrollado perfiles que no se han visto en su país de origen.

Por tanto, hay que diferenciar el Habeas Corpus en sentido estricto, si bien no muy apegado al modelo inglés, que se da en ciertos países (como Argentina y Brasil) y el Habeas Corpus en sentido amplio, que se da sobre todo en el Perú y se dio también en épocas pasadas en el Brasil. Y ahora en los países de Centroamérica, en donde el Habeas Corpus se ha utilizado también para enervar las torturas y para indagar por los desaparecidos.

Esto es, al ser recepcionado en los países de América Latina, ha mantenido el núcleo esencial que caracteriza a la institución inglesa, pero se le han hecho determinados ajustes, ampliaciones y perfeccionamientos, producto de las exigencias del medio en que le ha tocado desarrollarse.

8. Configuración actual

El Habeas Corpus fue en sus orígenes un procedimiento de orden penal y también civil y casi como confundido con el resto de la legislación sajona existente. En la Constitución norteamericana de 1787 se le menciona pero sólo de pasada, y para hacer referencia a cuando podía ser suspendido (ya que era una práctica comúnmente aceptada en las colonias y de continua observancia).

Pero lo que ha sucedido en la América Latina es peculiar. En primer lugar y como no podía ser de otra manera, ha nacido en la ley, y más en concreto, en la ley penal, y luego se ha alojado en un código de la materia. Andando el tiempo, se ha mantenido así, pero ha tendido, ya en el siglo XX, a ubicarse en leyes especiales.

Y no sólo eso, sino que todos los países, en tiempos distintos pero convergentes, han elevado el Habeas Corpus al rango de instituto constitucional. Es decir, se ha consagrado especialmente como una institución que nace en la Constitución y que desde ahí se desarrolla y se inserta en el mundo jurídico.

En las últimas décadas del siglo XX se han dado los pasos subsiguientes, como es replantear la institución a nivel doctrinario y luego a nivel de la dogmática.

Como consecuencia de ello, llegar a la conclusión, todavía no unánime pero de amplio consenso, de que el Habeas Corpus es un proceso constitucional, con amplio espectro, pero básicamente destinado a la protección de la libertad individual. En algunos países con una cobertura muy amplia y en otros con una más restringida. Y el próximo paso será, sin lugar a dudas, la creación de leyes específicas sobre procesos constitucionales, que a la larga tenderán a consagrar la existencia de códigos procesales constitucionales (como es el caso de la provincia argentina de Tucumán).

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión, ineludible por cierto, de que si bien con raíces sajonas, el Habeas Corpus ha tenido un desarrollo singular en la América Latina, que lo hace modélico y que constituye una de las características del constitucionalismo latinoamericano, que si bien heredero del constitucionalismo atlántico (Europa y los Estados Unidos), tiene sus propias peculiaridades.

Por cierto el Habeas Corpus también existe en Portugal y en España, pero funciona bajo otros parámetros y no tiene la dimensión ni la importancia que se aprecia en la América Latina.

Perspectivas

El Habeas Corpus apareció, como ya se ha indicado, a mediados del siglo XIII y de ahí se extendió a las colonias inglesas, como lo prueba en forma palpable el constitucionalismo norteamericano. Y fue creado precisamente para combatir las detenciones arbitrarias hechas por las autoridades e incluso por los particulares, en épocas de autoritarismo y excesos notorios.

Y así fue evolucionando con diversas modalidades y ha llegado a nuestro tiempo. Pero curiosamente este desarrollo ha alcanzado muchas latitudes, pero no ha ingresado al corazón de la Europa continental (salvo los mencionados casos de Portugal y España). Pero en algunos países, sobre todo en los Estados Unidos y más acusadamente aún en el Reino Unido, se aprecia el poco uso que se hace del Habeas Corpus o si se quiere, la restricción en su ámbito de acción. Y esto no se debe a que la institución no sirva, sino que simplemente los países evolucionan y los derechos humanos empiezan a respetarse más que antes. A primera vista, podría parecer que empieza a decaer, pero por desuetudo. Y sobre todo en Inglaterra.

En las últimas décadas del siglo XX se han dado los pasos subsiguientes, como es replantear la institución a nivel doctrinario y luego a nivel de la dogmática. Como consecuencia de ello, llegar a la conclusión, todavía no unánime pero de amplio consenso, de que el Habeas Corpus es un proceso constitucional, con amplio espectro pero básicamente dirigido a la protección de la libertad individual. En algunos países con una cobertura muy amplia y en otros con una más restringida. Y el próximo paso será, sin lugar a dudas, la creación de leyes específicas sobre procesos constitucionales, que a la larga tenderán a consagrar la existencia de códigos procesales constitucionales (como es el caso de la provincia argentina de Tucumán).

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión, ineludible por cierto, de que si bien con raíces sajonas, el Habeas Corpus ha tenido un desarrollo singular en América Latina, que lo hace modelo y que constituye una de las características del constitucionalismo latinoamericano, que si bien hereda del constitucionalismo alemánico (Europa y los Estados Unidos), tiene sus propias peculiaridades.

Por cierto el Habeas Corpus también existe en Portugal y en España, pero funciona bajo otros parámetros y no tiene la dimensión ni la importancia que se aprecia en América Latina.

Pero estos hechos que podrían demostrar un cierto decaimiento de la institución, o mejor aún de su uso, no se da en la América Latina. Es cierto que nuestro continente ha reiniciado a partir de la década de los ochenta del siglo pasado un retorno a la democracia, y esto es positivo. Pero ello no impide que los regímenes autoritarios vuelvan ni tampoco que las democracias, pese a sus esfuerzos, no realicen excesos o cometan abusos. O peor aún, que prosperen las democracias de fachada.

Descartar esto por ahora es prácticamente imposible. Todavía faltan a nuestro continente las bases sólidas para que una democracia funcione de verdad y permanentemente.

Y en este proceso de afianzamiento de las libertades, que puede durar décadas, las instituciones dedicadas a proteger la libertad individual tienen un rol que cumplir en nuestros Estados. Por eso es que, con sus limitaciones, el Habeas Corpus tiene aún un papel protagónico en las agitaciones democráticas de América Latina.

Esta postura no ha tenido precedente en el desarrollo de la América Latina. Y es que como estos países también van en su legislación y prácticas el instituto de Habeas Corpus con muchas variantes, aceptaron el Amparo como instrumento de defensa de los derechos individuales, con excepción de la libertad individual, que reservaron al Habeas Corpus. Esto es en Centro América se dio desde muy temprano esta defensa frente de los derechos de la persona (en Centro América). Y el mismo panorama se observa en América Latina: existe el Habeas Corpus para la defensa de la libertad individual y el resto de derechos son defendidos por el Amparo (o por otras instituciones similares como son la Acción de Tutela en Colombia, el Mandato de Seguridad en Brasil, etc.).

Avances del instituto

El Habeas Corpus nació primero en la jurisprudencia italiana en el siglo XIII, y sólo más tarde alcanzó consagración legal, en especial con las leyes de 1640, 1679 y 1816. Y se caracterizó a través de los writs, que perseguían defender la libertad individual, pero a través de diversas variantes. Por lo pronto se admite que el writ of habeas corpus tenía un carácter sistémico (7) modalidades, de las cuales la que está actualmente en uso y goza de mayor importancia es el llamado habeas corpus ad subjiciendum.

Y por tanto, estos son los que han pasado a América Latina y son los más importantes. Sin embargo, tal estado de instituciones no ha sido una labor mecánica, sino que ha tenido un evidente carácter creador, a tal punto que el Habeas Corpus ha desarrollado perfiles que no se han visto en su país de origen.

El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México*

Joaquín Brage Camazano

Introducción

Mientras algún sector de la doctrina germana¹ y también más recientemente de nuestra propia doctrina² discute sobre la oportunidad y conveniencia de la *supresión* (Abschaffung), a secas, del control normativo abstracto de la constitucionalidad, lo cierto y verdad es que prácticamente todos los países que en los últimos años han decidido por razones diversas, y en general al inaugurar un régimen democrático de gobierno introducir un tribunal constitucional, han atribuido a éste, como una de sus más relevantes competencias, la que se refiere al control normativo abstracto de la constitucionalidad,³ competencia que bien puede decirse que viene siendo, respecto de los tribunales constitucionales, al menos hasta el día de hoy, verdaderamente emblemática.

Y esto ha sido justamente lo que ha ocurrido en México por virtud de la reforma de diciembre de 1994 a la Constitución de 1917, que da al artículo 105 de la Constitución un nuevo contenido, por virtud del cual se atribuye a la Suprema Corte una competencia para conocer de los procesos iniciados por medio de la acción de inconstitucionalidad, para plantear la cual se legitima a ciertos órganos políticos. Por esta vía se abre la posibilidad, inédita hasta ese momento en México, de un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes que se concentra en la Suprema Corte y permite a ésta emitir declaraciones de inconstitucionalidad dotadas de eficacia general. La atribución de esta competencia a la Suprema Corte parece haber sido considerada por la doctrina como el último eslabón de una cadena que ha llevado a que la Suprema Corte se haya convertido en un verdadero tribunal constitucional.⁴ Y, desde luego, sea cual sea la naturaleza de la actual Suprema Corte, no cabe dudar de que la atribución de esta nueva competencia para conocer del control abstracto de la constitucionalidad de las leyes supone un paso muy importante en la progresiva aproximación, material al menos, de la Suprema Corte a los tribunales constitucionales.⁵ El objeto de las siguientes páginas viene precisamente constituido por el examen de la articulación técnica-en el nuevo artículo 105 constitucional y en la Ley Reglamentaria (o de desarrollo) de sus fracciones I y II (en adelante, LR105)- de este nuevo instituto procesal-constitucional mexicano que es la acción de inconstitucionalidad, sin que podamos, sin embargo, entrar aquí en el estudio de la problemática planteada por la inserción de este instituto de control abstracto de la constitucionalidad en el sistema, tradicional en México y mantenido por la reforma de 1994, de control concreto por la vía del amparo, como tampoco en la cuestión de la coordinación de la acción de inconstitucionalidad con las controversias (=conflictos) constitucionales que versan sobre disposiciones generales con rango de ley.

Legitimación activa

Se ha seguido en este punto, de una manera estricta, la técnica germana de la legitimación restringida a ciertos órganos políticos (Organklage), que caracteriza al control abstracto de la constitucionalidad tal y como se ha instaurado en media Europa, y que, tal y como Fernández Segado nos recuerda, responde a la necesidad de *cierta moderación en el recurso a este mecanismo procesal*.⁶ En concreto, los órganos (o fracciones de los mismos) que aparecen legitimados en el artículo 105 constitucional para someter una norma a un control abstracto de la constitucionalidad son los siguientes:

1. Minorías parlamentarias. Por un lado, aparecen legitimados el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes bien de la Cámara de Diputados (apartado a), bien del Senado (apartado b), bien de alguno de los órganos legislativos estatales (apartado d) bien de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (apartado e).⁷ Es claro que con esta legitimación se pretende proteger a las minorías parlamentarias.⁸ Al mismo tiempo que se las *instrumentaliza* al servicio de la supremacía constitucional,⁹ para cuya defensa una legitimación de este tipo parece ser uno de los cauces más adecuados, o al menos eso parece desprenderse de la expansión que ha tenido en el ámbito comparado.¹⁰ Una legitimación de este tipo implica que las dos partes clásicas del sistema parlamentario (mayoría y oposición) *desean establecer una ulterior garantía recíproca. Aquellas partes reconocen (es decir, han convenido históricamente en reconocer) que la búsqueda de la razón no puede hacerse equivaler a la fuerza del número expresada en una votación del Parlamento* (que haría, en principio, legítima toda decisión de la mayoría), *sino que dicha búsqueda debe confiarse a una sede de juicio externa, que encuentra su fundamento legitimador en la posición super partes del juzgador y en el reconocimiento de una lex superior que tutela y somete a ambas, tanto a la maior como a la minor pars, a la mayoría y a la minoría*.¹¹ A lo cual puede añadirse la eficacia preventiva de una legitimación de este tipo, en cuanto que, como ya Kelsen destacara, *la simple amenaza de la interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en manos de las minorías, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría*, pues, en efecto, el dominio de la minoría sólo es soportable si se ejerce de forma regular, con sujeción estricta al texto constitucional.¹²

Ahora bien, la regulación mexicana de esta concreta legitimación ha de merecer una severa crítica por lo cíclica que resulta, hasta el punto de que sólo de una manera limitada va a poder cumplir la acción de inconstitucionalidad, a través de esta legitimación, la finalidad de depuración del ordenamiento y de protección real de las minorías, al menos en tanto no se produzca un vuelco en la situación política mexicana.¹³

Y ello por resultar en la concreta realidad política mexicana¹⁴ desmesurada la exigencia de un tercio de los representantes, que debería reducirse a un sexto, al menos, a fin de dotar a esta legitimación de una mínima operatividad, que sin duda redundaría en beneficio de la propia supremacía constitucional. Desde luego, lo que es del todo inaceptable,¹⁵ desde nuestro punto de vista, es que la principal fuerza opositora, al menos ella, no pueda por sí sola impugnar la inconstitucionalidad de una ley, sino que requiera el concurso de la segunda fuerza parlamentaria en la oposición, y esto último sólo en la Cámara de Diputados, pues en la Cámara de Senadores ya hemos dicho que ni siquiera el conjunto de todas las fuerzas opositoras unidas puede plantear ante la Suprema Corte la eventual inconstitucionalidad de una norma legal.¹⁶

2. Procurador General de la República. Se trata claramente de la legitimación más amplia, en cuanto a su ámbito objetivo, de todas las que el artículo 105 de la Constitución contempla, pues puede utilizarse tanto respecto de las leyes federales y los tratados internacionales como respecto de las leyes estatales o del Distrito Federal. La adecuada valoración de esta legitimación exige determinar previamente el estatuto jurídico del Procurador de la República. Pues bien, conforme al artículo 102 de la Constitución, el Procurador General es *designado por el Titular del Ejecutivo con la ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente; pero podrá ser removido libremente por el Ejecutivo sin el concurso del Senado*. Aunque la utilización del adverbio *libremente* parece dar a entender que es una remoción que no está sujeta a la concurrencia de causa alguna, lo cierto es que el artículo citado aparecía ya con esa redacción en la Iniciativa del Presidente de la República en que tuvo su origen la reforma constitucional de 1994 que dio al precepto su nueva redacción hoy vigente, y en dicha Iniciativa de Reforma, su autor (esto es, el Presidente de la República) trataba de justificar esa libre destitución en los siguientes términos: *se considera necesario que permanezca el régimen de remoción libre por el Ejecutivo*, toda vez que, por ser éste el responsable último de velar por la aplicación de la ley en el ámbito administrativo, debe estar facultado para actuar firmemente cuando perciba que la institución se desempeña de manera negligente o indolente en la persecución de los delitos de orden federal. Con ello, en la concepción del autor de la iniciativa de reforma, la remoción libre aparece vinculada a un desempeño negligente o indolente por parte del Procurador en el ejercicio de la que acaso sea su función más emblemática, la persecución de los delitos federales. Teniendo en cuenta que el artículo 102 no sufrió modificación alguna en el Parlamento y nadie discutió en el mismo la interpretación dada por el Presidente en la Ini-

ciativa de reforma, cabe interpretar que la remoción libre en realidad presupone un ejercicio negligente o indolente por parte del Procurador de sus funciones, especialmente de las que se refieren a la persecución de los delitos federales.

De no admitirse esta interpretación, y sostener la tesis de la dependencia absoluta del Procurador General del Ejecutivo (en cuanto que éste podría destituirlo sin causa alguna, de manera absolutamente libre), la legitimación aquí contemplada quedaría en muy buena medida desvirtuada, tanto respecto de las leyes federales como respecto de los Tratados Internacionales como incluso, en cierta medida al menos, respecto de las leyes estatales. Y ello porque, en cuanto a las primeras, su promulgación corresponde siempre al Presidente de la República, quien tiene además respecto de ellas una facultad de veto, aparte de que el Presidente de la República viene disfrutando desde hace siete décadas de una cómoda mayoría parlamentaria, con lo cual no se producen discrepancias de fondo entre el Presidente y las Cámaras, siendo frecuente además que las leyes tengan su origen en la iniciativa presidencial. De este modo, la impugnación de unas leyes que, en último término, y al menos en sus aspectos básicos, reflejan la voluntad política del Presidente de la República, por parte de quien depende absolutamente en su continuidad en el cargo del propio Presidente no parece en modo alguno probable. Todavía menos probable y coherente resultaría la utilización de la legitimación que contemplamos respecto de los Tratados Internacionales, cuya celebración es facultad del Presidente de la República. La impugnación por el Procurador General de las leyes federales, y más todavía de los tratados internacionales, sería en realidad, y en la práctica, un enfrentamiento directo con el Presidente de la República. Y en el caso de las leyes estatales, la legitimación del Procurador General, si se sostiene su dependencia absoluta respecto del Presidente de la República, sólo sería posible respecto de las leyes de aquellos Estados en que el partido del Presidente no tuviese la mayoría, aparte de que, desde luego, el Procurador General no podría en ningún caso funcionar como instancia objetiva respecto de la impugnación de las leyes de los Estados.

Todo ello no hace sino reforzar la necesidad de una interpretación como la arriba sostenida, a partir del texto del autor de la Iniciativa de Reforma, sobre la independencia, al menos relativa, del Procurador General frente al Ejecutivo, a fin precisamente de que la legitimación estudiada tenga un mínimo sentido y operatividad.¹⁷

3. Partidos políticos. En tercer lugar, pueden interponer la acción de inconstitucionalidad frente a leyes electorales, federales o locales, *los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral*, así como *los partidos políticos con registro estatal*, aunque estos últimos *exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro*.

Esta legitimación específica respecto de las leyes electorales resulta un tanto extraña, pero está totalmente justificada y será sin duda positiva en la realidad política mexicana, por la peculiar historia de este país nortea-

americano en el que un partido, como es el PRI, ha controlado durante varias décadas todos los resortes de poder, tanto federales como estatales y municipales, y por supuesto también los procedimientos electorales. La especial importancia que en todo proceso democratizador, como el que está viviendo México desde hace algunos años, tiene el procedimiento electoral¹⁸ se acentúa si cabe en una realidad política como la mexicana en la que bien puede decirse que el control de la constitucionalidad y hasta de la legalidad de las leyes electorales era hasta hace bien poco un verdadero tabú jurídico, con el que se ha roto de manera decidida, aunque todavía incompleta, a través de la reforma constitucional de 1994. Y resulta claro que son los partidos políticos los principales interesados en el respeto de las normas constitucionales atinentes a la materia electoral, aparte ya de su alta misión constitucional (artículo 122 de la Constitución), siendo todo ello lo que explica esta legitimación específica, pero concurrente, en favor de los partidos políticos.¹⁹

No se exige aquí -y ello marca una diferencia sustancial respecto de la legitimación de las minorías parlamentarias- haber obtenido una determinada representación parlamentaria²⁰ sino que basta con que el partido político impugnante de la ley esté registrado,²¹ bien a nivel nacional (respecto de las leyes electorales federales y locales), bien a nivel estatal (respecto de las leyes electorales del Estado en que se haya registrado). Por último, debe decirse que los partidos políticos que hagan uso de su legitimación habrán de hacerlo a través de sus *dirigencias*, por así determinarlo expresamente la Constitución. Cuando sean partidos con registro a nivel nacional (en el Instituto Federal Electoral), la pertinente decisión de interposición de la acción habrá de adoptarse por las *dirigencias nacionales* pues así lo determina también el nuevo apartado f) del artículo 105.II y ello incluso para el caso de que la ley que se impugne sea estatal y no nacional, pues el elemento decisivo que se tiene en cuenta es el ámbito del propio partido y no el de la ley impugnada. La solución es, obviamente, distinta cuando el partido político tenga registro estatal, pues en tal supuesto dice el precepto constitucional que los partidos ejercen esta legitimación *a través de sus dirigencias*, *dirigencias* que son las de ámbito estatal y sólo, naturalmente, respecto de leyes del Estado que les otorgó el correspondiente registro.²²

Objeto

Aunque el artículo 105.II de la Constitución establezca en principio que la acción de inconstitucionalidad procede contra *normas generales*, lo cierto es que el propio artículo específica, más adelante, cuáles son exacta y exclusivamente las *normas generales* controlables por esta vía y lo hace de una forma restrictiva y conforme a un taxativo sistema de *numerus clausus*. De ello se deduce que pueden ser impugnadas por medio de la acción de inconstitucionalidad únicamente las siguientes *normas generales*: a) las leyes; b) los tratados internacionales.

Por lo que a las primeras atañe, puede tratarse de leyes tanto de la Federación como de los Estados como también

del Distrito Federal, aunque, eso sí, ha de tratarse en todo caso de leyes aprobadas, promulgadas y publicadas en la fecha de entrada en vigor de la LR105, pues respecto de las leyes anteriores a tal fecha no se admite siquiera un régimen transitorio para su impugnación.²³

Entre dichas leyes se excluyeron inicialmente, por la reforma constitucional de 1994, las referidas a la *materia electoral*, ámbito éste que quedaba así exento de control de constitucionalidad en una regulación que no sólo carecía de base lógica sino que suponía, en realidad, dejar excluidas de todo control justamente a las reglas del juego democrático; resultaba además completamente incongruente con la progresiva juridificación y jurisdiccionalización de la materia electoral que venía produciéndose en México en los últimos años; y, en fin, no concordaba con el control de constitucionalidad que sobre dichas leyes se verificaba con toda normalidad en los distintos ejemplos que el Derecho Comparado nos mostraba. Todo ello, junto a la crítica doctrinal generalizada en los primeros estudios sobre la acción de inconstitucionalidad, fue sin duda lo que llevó al legislador de reforma constitucional a volver bien pronto sobre sus propios pasos, rectificando de este modo, a través de la reforma a la Constitución de agosto de 1996, esa exclusión inicial de todo control a través de la acción de inconstitucionalidad de la materia electoral. Y si bien las leyes electorales están ahora sujetas a control por medio de la acción de inconstitucionalidad, rige respecto de ellas una serie de especialidades: a) la legitimación específica, ya vista, de los partidos políticos, concurrente con la genérica para todas las leyes; b) su constitucionalidad sólo puede controlarse o examinarse jurisdiccionalmente a través de la acción de inconstitucionalidad, no siendo posible, en particular, hacerlo a través del amparo contra leyes ni a través de las controversias constitucionales, lo que no es más que un residuo de los anteriores recelos hacia el control de constitucionalidad de estas leyes que no parece encontrar una acabada justificación; c) especialidades procedimentales, a que luego nos referiremos, destinadas a imprimir una particular fugacidad al proceso sobre la constitucionalidad de las leyes electorales, dada la especificidad de este tipo de leyes.

Entre las leyes sujetas a control ha de incluirse también, naturalmente, la ley orgánica, aludida por el artículo 70 constitucional (en su redacción tras la reforma de 1977), relativa a la regulación de las formas y procedimientos para la agrupación de los diputados, según su afiliación de partido, a efecto de garantizar la libre expresión de las corrientes ideológicas representadas, aunque parecen no estar, en cambio, sujetos a este control los reglamentos parlamentarios que pueden aprobar cada una de las Cámaras del Congreso de la Unión, sin intervención de la otra, para su propio gobierno interior.

En cuanto a las reformas constitucionales, es preciso distinguir, en primer término, entre las reformas a las Constituciones de los Estados y las reformas a la Constitución Federal. Por lo que a las primeras se refiere, están indudablemente sujetas a control de constitucionalidad por esta vía procesal, control que, en cualquier caso, vendrá referido a la compatibilidad de la reforma a la Constitución estatal con el texto de la Constitución Federal,²⁴ no con la propia Constitución local.

En cuanto a las reformas a la Constitución Federal, conviene diferenciar entre el control formal y el control material de la constitucionalidad. Un control de carácter sustancial de estas reformas sólo será admisible en la medida en que se admita la existencia, en el Derecho Constitucional mexicano, de límites inmanentes o implícitos²⁵ a la reforma constitucional, en cuanto que es claro que la Constitución mexicana de 1917 no conoce cláusula alguna de intangibilidad, es decir, no contiene ningún límite material expreso a su propia reforma. La existencia de esos límites inmanentes o, sobre todo, implícitos, así como su exacta delimitación, es discutida en la doctrina mexicana²⁶ y, sólo si se admitiesen, se haría posible un control sustancial o material de la constitucionalidad de las reformas a la Constitución federal, que consistiría en enjuiciar si la reforma en cuestión ha respetado precisamente esos límites implícitos o inmanentes.²⁷

La cuestión se plantea en otros términos respecto del control formal o procedimental de la constitucionalidad de las reformas a la Constitución federal, control que en este caso no consistiría en determinar, por contraste, si la reforma en cuestión contradice determinados límites sustantivos, sino simplemente si se ha respetado el procedimiento establecido por la propia Constitución para su reforma, procedimiento que en México es, en concreto, el establecido en el artículo 135 de la Constitución de 1917.²⁸ Pues bien, en la doctrina mexicana varios autores han sostenido que no es posible este control²⁹ de constitucionalidad de las reformas a la Constitución Federal por medio de la nueva acción de inconstitucionalidad y ello, a juicio de Arteaga Nava, porque *una vez que concluye el proceso legislativo, forman parte integrante de la Constitución a pesar de que, como se ha dicho, son obra del Congreso de la Unión.*³⁰

Dicha postura no nos parece en modo alguno suscribible. Y es que no cabe alegar que, una vez que se aprueben por el Congreso de la Unión, dichas reformas forman parte integrante de la Constitución. Tal argumento está viciado de origen, pues precisamente lo que se está discutiendo es eso: si la reforma constitucional ha cumplido los requisitos que el constituyente originario ha querido que se respetaran para, de ser así, y sólo en la medida en que así fuera, considerar a esas leyes como parte integrante de la Constitución. Pero si esos requisitos no se cumplen, es obvio que no se ha respetado la voluntad constitucional, y la pretendida reforma no puede tener validez, precisamente porque no es, ni se presenta como una nueva Constitución, aprobada por un poder constituyente originario libre y soberano, sino como una simple reforma, obra del poder constituyente constituido. Y este último, justamente en cuanto que *constituido*, está sometido a la voluntad más fuerte del poder constituyente originario y a las reglas por éste establecidas para la reforma de su propia obra, que es la Constitución. La naturaleza indudablemente legislativa, en sentido material y formal, de las reformas constitucionales,³¹ por más que nos hallemos ante una ley sui generis, ha de llevar por ello, sin mayores obstáculos, a admitir la posibilidad de un control formal de la constitucionalidad de las reformas a la Constitución.

Por otro lado, y con relación también a este mismo tema, cabe señalar, ya desde una perspectiva más general, que de nada serviría reconocer la supremacía de todas y cada una de las normas constitucionales materiales, si después se permite que la Constitución sea modificada (en realidad,

vulnerada) por mecanismos que no son los previstos constitucionalmente, modificaciones que podrían libremente afectar a cualesquiera disposiciones de la Constitución sin que hubiese forma de controlar la constitucionalidad misma de la reforma. Salvo que partamos de la concepción de la Constitución como una hoja de papel sin más valor o como mero programa, y no como una auténtica norma jurídica, es claro que allá donde exista un control de constitucionalidad auténtico, éste habrá de extenderse también a las reformas constitucionales pues, de lo contrario, habremos introducido, valga la expresión, un verdadero *caballo de Troya* en el campo de la supremacía constitucional, rebajando la rigidez constitucional poco menos que a pura retórica legal. Como De Vega ha sostenido, con todo atino, en un conocido estudio: *la problemática de la reforma* [...] quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurara efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites.³²

Pero si, como hemos visto, las leyes electorales o las leyes de reforma constitucional están sujetas, precisamente por su naturaleza legislativa, a control por la vía iniciada por la acción de inconstitucionalidad, no lo están en cambio ni los reglamentos administrativos, sean heterónomos o autónomos (o independientes),³³ ni tampoco siquiera las disposiciones, normativas con fuerza de ley que, por delegación extraordinaria y excepcional del Congreso de la Unión, puede aprobar el Ejecutivo en las dos hipótesis contempladas en el artículo 49 de la Constitución, por relación con los artículos 29 (situaciones de emergencia: casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o grave peligro o conflicto para la sociedad) y 131 (algunos aspectos relacionados con el comercio exterior, la economía del país y la estabilidad de la producción nacional) del mismo texto legal, aunque sí pueden ser objeto de control de su constitucionalidad por esta vía las *prevenciones generales* del Decreto de suspensión de garantías a que se refiere el artículo 29 cuando las apruebe el Congreso (pero no la Comisión Permanente), así como la aprobación (o rechazo) por el Congreso del uso que haga el Ejecutivo de la facultad a que se refiere el propio artículo 131 en su parte final.³⁴ Resultan también excluidas del control a través de la acción de inconstitucionalidad las normas de valor legislativo que el propio Ejecutivo puede dictar en el específico supuesto del artículo 27 constitucional, en que se concede al Presidente de la República, directamente y no por delegación del Congreso, facultad legislativa para reglamentar la extracción y utilización de las aguas del subsuelo *que pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales* por el dueño del terreno donde broten, así como para establecer zonas vedadas respecto de dichas aguas y de las de propiedad nacional. Quedan asimismo excluidas, en fin, las normas con fuerza de ley que los gobernadores de los Estados puedan emitir en ejercicio de las facultades extraordinarias que les hayan podido ser otorgadas a estos efectos por las legislaturas.

Por último, es preciso decir algo respecto de los tratados internacionales como normas sujetas expresamente al control de la constitucionalidad por la vía que estamos estudiando. Por lo pronto, es de lamentar que no se haya previsto, específicamente respecto de ellos, un control de la

constitucionalidad de carácter previo, como se ha hecho, entre otros países, en España, Alemania, Francia, Portugal, Colombia, Costa Rica, Bolivia, Eslovenia, o Andorra.³⁵ Y ello se ha hecho en estos países, es de suponer, a la luz fundamentalmente del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 que, después de establecer que *todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los Tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá *invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado*.

De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención de Viena citada y entre ellos se cuenta México (que la ratificó en 1974), cualquier Tratado que celebren es vinculante en términos de Derecho Internacional, incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución nacional y así lo declare su Tribunal Constitucional o el órgano de la constitucionalidad de que se trate, pues no es admisible la invocación de *disposiciones de Derecho interno* y entre ellas se encuentra la propia Constitución, obvio es decirlo, lo que por lo demás ha venido confirmado por la jurisprudencia internacional, tanto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional como del Tribunal Internacional de Justicia o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁶

Precisamente por todo ello, y para tratar de prevenir en cuanto sea posible la responsabilidad internacional del Estado, en los sistemas más avanzados de justicia constitucional se prevé, de manera específica para las normas convencionales internacionales, un control previo de la constitucionalidad, que en ocasiones concurre con otro control posterior y que permite evitar muchos de los inconvenientes que, de otro modo, pueden derivarse de un control exclusivamente a posteriori de la constitucionalidad de las normas internacionales, y esto es lo que, a nuestro juicio, debió haberse hecho en México.

Tampoco nos parece admisible la distinción que algún autor ha sugerido que podía existir entre *tratados* y *convenios* internacionales, afirmándose que los segundos quedarían excluidos de control por medio de la acción de inconstitucionalidad. Tal distinción carece, a nuestro modo de ver, de todo apoyo no sólo constitucional y legal, sino también en el propio Derecho Internacional.³⁷

Procedimiento

El procedimiento³⁸ se inicia con la recepción de la demanda, designando a continuación el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *según el turno que corresponda, a un ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución* (artículo 24 LR105). Corresponderá al ministro instructor, por su parte, examinar el escrito de la demanda a fin de desecharla de plano él mismo *si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia* (artículo 25 LR105):

Si el ministro instructor no aprecia ninguna causa de improcedencia, pero encuentra que el escrito de demanda es oscuro o irregular, deberá entonces prevenir al demandante, o a sus representantes comunes, para que hagan las aclaraciones que correspondan dentro del plazo de cinco días, plazo que se reduce a los tres días en caso de impugnación de leyes electorales. Transcurrido este plazo, el ministro instructor habrá de dar vista a los órganos legislativos que hubieren emitido la norma, así como al órgano ejecutivo que la hubiere promulgado, a fin de que, dentro del plazo de quince días (seis, para leyes electorales), rindan un informe que contenga las razones y fundamentos tendentes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad. Cuando la norma impugnada sea una ley aprobada por el Congreso de la Unión, el mentado informe se rendirá por separado por ambas Cámaras.

Salvo en caso de que la acción hubiera sido ejercitada por el propio Procurador General de la República, el ministro instructor habrá de darle vista con el escrito y los informes citados, a efecto de que, hasta antes de la citación para la sentencia, formule el pedimento que corresponda (artículo 66 LR105). Presentados los informes, o transcurrido, en todo caso, el plazo para su presentación, el ministro instructor pondrá los autos a la vista de las partes, a fin de que dentro del plazo de cinco días (o dos, cuando se trate de materia electoral), formulen alegatos (artículo 67).

En todo momento, y hasta antes de dictarse sentencia, podrá el ministro instructor solicitar *a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto* (artículo 68 LR105) y, tratándose de la impugnación de una ley electoral, podrá solicitar opinión a la Sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Una vez agotado el procedimiento, el ministro instructor *propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proyecto de sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado* (artículo 68 LR105). Y cuando la ley impugnada sea de carácter electoral, el proyecto de sentencia deberá ser sometido al Pleno dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya agotado el procedimiento, debiéndose dictar el fallo por el Pleno a más tardar en un plazo de cinco días, contados a partir de aquel en que el ministro instructor haya presentado su proyecto.

La propia Ley reglamentaria establece cuál ha de ser el contenido de las sentencias, por referencia a lo regulado respecto de las sentencias dictadas con motivo de controversias constitucionales. Y con arreglo al artículo 41, la sentencia deberá contener: a) La fijación breve y precisa de las normas generales impugnadas; b) Los preceptos que la fundamenten; c) Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados;³⁹ d) Los alcances y efectos de la sentencia;⁴⁰ e) los puntos resolutive que decreten el sobreesimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales.

Las sentencias se publicarán íntegramente, y de manera conjunta con los votos particulares emitidos, en el Semanario Judicial y, cuando sean estimatorias, también en el Diario Oficial de la Federación y, en su caso, en el órgano (diario) oficial en que la ley impugnada se hubiere publicado.

La sentencia

a. Contenido preceptivo de la sentencia

La propia Ley reglamentaria establece cuál ha de ser el contenido de las sentencias, por referencia a lo regulado respecto de las sentencias dictadas con motivo de controversias constitucionales. Y con arreglo al artículo 41, la sentencia deberá contener: a) La fijación breve y precisa de las normas generales impugnadas; b) Los preceptos que la fundamenten; c) Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados;³⁹ d) Los alcances y efectos de la sentencia;⁴⁰ e) los puntos resolutive que decreten el sobreesimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales.

Las sentencias se publicarán íntegramente, y de manera conjunta con los votos particulares emitidos, en el Semanario Judicial y, cuando sean estimatorias, también en el Diario Oficial de la Federación y, en su caso, en el órgano (diario) oficial en que la ley impugnada se hubiere publicado.

b. *Mayoría requerida para la declaración de inconstitucionalidad*

La propia Constitución exige, para que la sentencia pueda declarar la inconstitucionalidad con efectos generales, que dicha declaración aparezca respaldada por un mínimo de ocho ministros. Ello supone en la práctica, para el supuesto de que el pleno se haya constituido con sólo ocho de los once ministros -hipótesis que resulta posible por cuanto el quórum para que el pleno quede válidamente constituido es justamente de ocho ministros-, una exigencia nada menos que de unanimidad. Y aún en el mejor de los casos, esto es, si estuvieren presentes los once ministros que integran el pleno, será precisa una mayoría reforzada de un 72 por ciento (prácticamente las tres cuartas partes de los magistrados) para que pueda prosperar una declaración de inconstitucionalidad o, dicho de otro modo, bastará con que cuatro ministros se opongan a la declaración de inconstitucionalidad para que ésta, pese a aparecer amparada por siete ministros, no pueda tener lugar. Si no estuvieren presentes los 11 ministros sino sólo 10, 9 u 8 de ellos, bastaría la oposición, respectivamente, de 3, 2 o incluso 1 solo de ellos, para que la declaración de inconstitucionalidad auspiciada por otros 7 de ellos no prospere.⁴¹

Esta exigencia de mayoría reforzada, superior a la mayoría simple por la que razonablemente ha de resolver un órgano jurisdiccional colegiado, carece de todo sentido y supone una extrapolación inadmisibles de las reglas del procedimiento parlamentario al proceso judicial, pues, como con todo atino ha señalado Kirchhof, *la Jurisdicción [a diferencia del legislador] decide no por autoridad de la mayoría, sino que se inviste de la autoridad de lo justo.*⁴² Y no vale, para justificar esta mayoría reforzada exigida, aludir a la presunción de constitucionalidad de las leyes. Esta presunción puede y debe jugar su papel en otros ámbitos o momentos, pero no, desde luego, en lo relativo a la mayoría requerida para la adopción por el órgano competente de una resolución que declare la inconstitucionalidad de una ley, lo que resulta fácil de comprender si se piensa que el órgano competente para adoptar una decisión de este tipo no es un órgano político sino judicial como también lo son sus decisiones y no sólo formalmente, sino también y sobre todo materialmente, en cuanto a los criterios de fondo en que se basan: la sentencia se presenta como fruto del raciocinio jurídico y resultado, no de una conformación de voluntades diversas, sino solamente de interpretaciones (jurídicas y controlables racionalmente) diferentes, y en cualquier caso siempre debidamente fundadas, del texto de la Constitución, lo cual es completamente distinto. El juego que lícitamente pueden tener las mayorías reforzadas en el ámbito parlamentario, y tan solo limitadamente, no es admisible en el ámbito jurisdiccional o de la justicia, ni siquiera cuando se trata de adoptar decisiones de tal gravedad.

Por otra parte, si lo que se pretendió con esta regulación fue evitar la politización de la Suprema Corte, cabe señalar que se ha errado el camino completamente, pues resulta obvio que el voto favorable a la declaración de inconstitucionalidad de una ley de la mayoría simple (o incluso más) de los ministros, aunque no afecte a la inconstitucionalidad de la ley, desde luego no puede dejar de afectar a su legitimidad y esta deslegitimación de la ley en cuestión sólo servirá para encontrar, políticamente hablando, una cuestión que

hasta ese momento se había mantenido en cierto reposo. Precisamente por ello es particularmente necesario que los ministros busquen por todos los medios un acuerdo de sus diversas posiciones a fin de evitar a toda costa resoluciones en que una mayoría de los ministros se pronuncia a favor de la inconstitucionalidad, a pesar de lo cual ésta no llega a surtir efectos jurídicos por no alcanzarse en el seno del tribunal la mayoría reforzada exigida para ello. Por la misma razón deberá evitarse a toda costa la constitución del pleno sin alguno de sus miembros. La limitada experiencia de la acción de inconstitucionalidad es, en este sentido, positiva.

Para los supuestos en que no se alcance la mayoría de ocho ministros, se prevé por la Ley Reglamentaria que el Pleno *desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto*. Quizás podría haberse establecido aquí, como mal menor, que el voto favorable a la declaración de inconstitucionalidad de seis o siete ministros tendría el valor de recomendación al órgano legislativo que expidió la norma de que se trate pues, como Fix Fierro señala, aunque no hay certeza de que ello fuera apropiado para la autoridad de la Corte, al menos se traduciría en una presión bastante fuerte para cambiar una norma inconstitucional.⁴³

c. *Efectos de la asistencia*

Las sentencias se benefician del valor de cosa juzgada, es decir, no son susceptibles de recurso alguno (artículo 51 LR105) y se imponen a todos los poderes públicos y autoridades (artículo 43 LR105). Además, la Suprema Corte no puede volver a conocer de la constitucionalidad de esas mismas normas (identidad de objeto) cuando los conceptos de invalidez alegados sean los mismos (identidad de causa),⁴⁴ por ser ésa una causa legal de improcedencia.

Se plantea también la cuestión de si la autoridad de cosa juzgada vincula a la propia Suprema Corte en cuanto a la doctrina formulada y la interpretación por ella sostenida y aquí hay que entender que la Suprema Corte no está absolutamente "atada" por sus decisiones anteriores sino que, puesto que la Constitución no es una fórmula matemática ni puede tampoco ser un texto muerto, puede el alto tribunal rectificar criterios anteriores,⁴⁵ lo que en cualquier caso habrá de hacerse sólo en ocasiones contadas, con prudencia y, de manera particular, con una fundamentación especialmente intensa y, por supuesto, siempre de manera expresa, nunca implícita.

Las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, que han de aparecer respaldadas por al menos ocho ministros, producen efectos *erga omnes*. Esta eficacia general, que supone, en suma, la expulsión pura y simple del ordenamiento jurídico de la norma enjuiciada, constituye una absoluta novedad en el sistema mexicano de justicia constitucional pues, hasta la reforma de 1994, por medio del amparo contra leyes podía controlarse la constitucionalidad de éstas, pero en virtud de la conocida como *fórmula Otero*, la eventual declaración de inconstitucionalidad que pudiera obtenerse por parte de cualquier juez o tribunal federal tenía siempre una limitada eficacia inter partes et in casu, incluso cuando era la propia Suprema Corte la que reiteradamente estimaba la inconstitucionalidad de la ley. Por ello ha podido Fix Fierro decir que con la eficacia general que se atribuye ahora a las sentencias estimatorias dictadas con motivo de las acciones de inconstitucionalidad, *se rompe una*

barrera, psicológica se diría, construida alrededor de la famosa 'fórmula Otero' en el juicio de amparo.⁴⁶

La eventual sentencia estimatoria, aparte de la mencionada eficacia general en cuanto a los destinatarios tiene una eficacia en el tiempo no retroactiva, en lo que es la solución general en el ámbito latinoamericano (Panamá, Brasil, Colombia, Guatemala, Bolivia, Venezuela, Perú y Ecuador). El artículo 105 constitucional aunque prohíbe los efectos retroactivos, no establece el dies a quo a partir del cual habrá de surtir efectos la sentencia, lo que el legislador ordinario ha aprovechado para establecer que *las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia* (artículo 45 LR105), en una regulación cercana a la del Wartefrist o plazo de espera austriaco, pero sin que se fije un plazo máximo a la prórroga jurisprudencial, como sí ocurre en Austria, donde la Constitución prevé un plazo, que en la actualidad, y tras la reforma constitucional de 1992, es de 18 meses. Y tampoco se prevé, como sí se hace en Austria, la posibilidad, siquiera excepcional, de eficacia retroactiva de la sentencia, salvo por lo que respecta a la materia penal, en la que, conforme al propio artículo 105 de la Constitución, regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables en esta materia (retroactividad de la disposición penal más favorable).

Terminación anormal del proceso

El proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad terminará normalmente con una sentencia que resuelva sobre las pretensiones de fondo planteadas en la demanda, pero cabe también la posibilidad de una terminación del proceso anormal o excepcional por la que la Suprema Corte no entra en el fondo del asunto. En este sentido, debe destacarse que la previsión del artículo 65 LR105, según el cual podrá (en realidad, deberá) el ministro instructor en las acciones (procesos, más bien) de inconstitucionalidad aplicar las causas de improcedencia y sobreseimiento de los artículos 19 y 20.

Debe señalarse que, dado que la apreciación de esta improcedencia corresponde exclusivamente al ministro instructor, se contempla en la propia ley una garantía por la que los demás miembros del órgano colegiado se corresponsabilizan de su decisión o, por el contrario, la corrigen o rectifican: cabrá recurso de reclamación *contra los autos o resoluciones que admitan o desechen una demanda, su contestación o sus respectivas implicaciones* (artículo 51.I LR105).

En cuanto a las causas de improcedencia⁴⁷ y las causas de sobreseimiento,⁴⁸ se contemplan, respectivamente, en los artículos 19 y 20 LR105. Por lo que a las primeras se refiere, conviene subrayar cómo el propio artículo 19, en su último párrafo, establece que en todo caso, las causas de improcedencia deberán examinarse de oficio y el artículo 25 LR105, por su parte, preceptúa que una vez recibida la demanda y designado, según el turno que corresponda, un ministro instructor, deberá éste, ante todo, examinar el escrito de la demanda y si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de plano.⁴⁹

Notas

* Este trabajo se publicó originariamente en la Revista de Estudios Políticos, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (España), número 105 (1999), pág. 211-232.

1. Véase, por ejemplo, hace ya más de una década, el sucinto análisis de Christine Landfried sobre la cuestión de la derogación o supresión del control normativo abstracto: Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Nomos, Baden-Baden, 1984, págs. 175 y ss. Más recientemente, Hesse ha subrayado cómo el control abstracto se ha evidenciado al paso de los años como cada vez más problemático [...] Y ello nos fuerza a plantearnos, ¿tiene este procedimiento realmente sentido?. Konrad Hesse, Evolución histórica y configuración de la Justicia Constitucional en Alemania, en Antonio López Pina (ed.), División de poderes e interpretación constitucional. Hacia una teoría de la praxis constitucional, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 51.
2. Probablemente haya sido Francisco Rubio Llorente el primero, entre nosotros, en referirse explícitamente a la cuestión y, aunque sin llegar a plantear abiertamente la supresión del recurso de inconstitucionalidad, sí manifiesta hacia el mismo su mayor antipatía por la perturbación que implica para el funcionamiento de la democracia parlamentaria (que excede con mucho de los beneficios que de él cabe esperar), así como por su utilidad vivamente discutida, juzgando su introducción una expresión de la desmesura teutónica y que con su supresión los tribunales constitucionales tienen poco que perder y tendrían muchísimo que ganar. Véase, al respecto, su intervención en la discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo, Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, en el colectivo Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991), Centro de Estudios Constitucionales, Colección "Cuadernos y Debates", N° 41, Madrid, 1992, pág. 45; íd., Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa, en Manuel Fraga. Homenaje académico, tomo II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pág. 1429, donde reafirma su

Notas

postura. Un posicionamiento contrapuesto, entre la literatura más reciente, puede verse en Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en España*, en el colectivo Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson/Ediciones Jurídicas Lima/Esteve/Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, quien entiende que nuestro recurso de inconstitucionalidad tiene una operatividad funcional que debe ser preservada (pág. 634).

3. Es el caso, entre otros países, de Bolivia, Colombia, Costa Rica [Sala de lo Constitucional], Ecuador, Guatemala, Perú, Eslovenia, Eslovaquia, Polonia, Bulgaria o Lituania.
4. Jorge Carpizo, *Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Serie, año XXVIII, N° 83, mayo-agosto, 1995, pág. 808; Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano a fin de siglo*, Porrúa, México, 1995, pág. 416 ss; Castro y Castro, Juventino V., "Ideas generales sobre la Suprema Corte como Tribunal Constitucional", en el colectivo *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, UNAM/Senado de la República (LVI Legislatura), México, pág. 71; Rodríguez Lozano, Amador, "La reforma judicial de 1994: una visión integral", en el colectivo *La justicia mexicana ...*, cit., pág. 50-51.
5. Son varios los elementos que han llevado a la doctrina mexicana a considerar a su Suprema Corte, tras las últimas reformas constitucionales, un verdadero tribunal constitucional: sus propias competencias (acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, tanto las interorgánicas como las competenciales); la reducción sustancial de su composición numérica, pues el Pleno pasa a integrarse por once magistrados; el sistema de designación de los Magistrados (llamados Ministros) por autoridades políticas, así como su renovación escalonada en el tiempo; la independencia y autonomía, presupuestaria y organizativa, garantizadas al Tribunal; y, en fin, su progresiva especialización en materia constitucional. Por nuestra parte, aún cuando pensamos que no puede afirmarse en rigor que la Suprema Corte sea un verdadero tribunal constitucional por ser ésta una evolución todavía no completamente ultimada por cuanto dicho Tribunal retiene ciertas competencias de mera legalidad ordinaria cuya atribución a un auténtico tribunal constitucional no puede justificarse (recursos de apelación y de revisión; unificación de doctrina; conflictos jurisdiccionales, etc.), lo cierto es que materialmente se aproxima a uno de estos tribunales y, desde luego, aunque no sin notables limitaciones, se halla más próxima en la actualidad de ser uno de ellos que de ser lo que su nomen iuris parece continuar indicando, es decir, un tribunal de naturaleza casacional.
6. Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en la actualidad*, Ius et Praxis, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, núm. 16, diciembre 1990, pág. 77.
7. Los diputados y senadores pueden impugnar leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión, pero los senadores también los Tratados Internacionales. Los parlamentarios estatales o de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal pueden impugnar solamente las leyes aprobadas por el órgano legislativo al que pertenezcan.
8. En Alemania, la doctrina suele coincidir en señalar cómo, de este modo, cumple el Tribunal una importante función de protección de la minoría parlamentaria (eine wichtige Funktion zum Schutz der parlamentarischen Minderheit). Horst Säcker, *Das Bundesverfassungsgericht: Status, Funktion, Rechtsprechungsbeispiele*, C.H. Beck, Munich, 1975, pág. 34; Sabine Stuth, *Verfahren in den Fällen des §13 Nr. 6 (Abstraktes Normenkontrollverfahren)*, en el colectivo Dieter C. Umbach y Thomas Clemens (coords.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, con prólogo de Roman Herzog y Ernst-W. Böckenförde, Heidelberg, C.F.Müller, 1992, pág. 976. En el caso de México, la limitación del objeto de la impugnación por las minorías a las normas en que la propia Cámara legislativa a la que pertenecen ha intervenido no hace sino realzar esa función de protección de las minorías, aunque sea, al mismo tiempo, instrumentalizándolas, como en el texto a continuación decimos. Por otro lado, destaquemos que en Alemania, en cambio, bien es cierto que con relación a los Gobiernos de los Länder (y no a las minorías parlamentarias de los mismos), el Tribunal Constitucional, ha entendido que aqué-

Notas

- llos pueden impugnar no sólo las leyes del propio Land, sino también las de otros Länder y ello sobre la base de que el proceso de control normativo abstracto es un proceso objetivo para la protección de la Constitución, independientemente de los derechos subjetivos, que sirve para el examen de las normas jurídicas según el parámetro de la Ley Fundamental (BVerfGE 83, 49). En España, en cambio, la legitimación de los órganos superiores de las Comunidades Autónomas se limitó a las normas del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía por la LOTC. Sobre ello, véase STC 25/1981, de 14 de julio, FFJJ 3-5 (y voto particular); STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 1; y STC 199/1987, de 16 de diciembre y STC 28/1991, FJ 1.
9. Ello lo decimos en el sentido de que su legitimación parece responder no sólo a la necesidad de protección de las minorías parlamentarias en todo sistema democrático frente a la imposición del criterio mayoritario por la sola fuerza de los votos y por encima de la propia Constitución, sino que también parece obedecer a la circunstancia de que son justamente las minorías parlamentarias las que, al no ver triunfar sus tesis legislativas, han de tener una especial diligencia, por no decir predisposición en ocasiones, para detectar cualquier infracción por vía legislativa de los mandatos constitucionales. De este modo, a través de la legitimación contemplada, no sólo se protegen los intereses legítimos de esas minorías sino que también, al unísono, y no como efecto meramente reflejo sino más bien como objetivo principalmente buscado, se protege la propia supremacía normativa de la Carta Magna, objetivo para el cual precisamente se instrumentaliza a las minorías parlamentarias. Y aunque ello pueda conllevar abusos en ciertos casos, son mayores, a nuestro juicio, los beneficios que de una legitimación de este tipo se derivan y así parece acreditarlo tanto la experiencia española como la de otros países.
 10. Una legitimación de este tipo existe, por citar sólo algunos países europeos, en Alemania, Austria, Francia, Rumanía, Portugal y España (en Italia se discute sobre la oportunidad de su introducción). Y entre los países que han acogido una legitimación de este tipo, sólo en los últimos cinco años, pueden mencionarse (entre paréntesis cito la fracción parlamentaria a que se otorga legitimación, así como el año en que se introdujo ésta): Eslovaquia (1/5, 1992), Eslovenia (1/3, 1994), Lituania (1/5, 1992), Bolivia (cualquier diputado o senador, 1994) y Perú (1/4, 1993).
 11. Giustino D'Orazio, "Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana", *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 31, septiembre-diciembre 1991, pág. 61.
 12. Hans Kelsen, "La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)", en su libro recopilatorio *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pág. 202.
 13. Debe tenerse presente, en efecto, que al día de hoy, en la actual composición de las Cámaras, la mentada exigencia de un tercio de los representantes (para impugnar una ley aprobada por el órgano legislativo al que pertenezcan) exige que para plantear ante la Suprema Corte la constitucionalidad de una ley por medio de la acción de inconstitucionalidad, se logre en la Cámara de Diputados, un acuerdo de los dos partidos de la oposición más fuertes, pues sólo estos dos partidos opositores unidos (PRD y PAN) pueden reunir el porcentaje requerido del 33 por 100, no bastando en cambio a estos efectos un acuerdo del PRD con el tercer y cuarto partidos de la oposición en cuanto a representación parlamentaria (PT y Grupo Verde). Y en el Senado, hasta las recientes elecciones de hace apenas unos meses no era posible esa impugnación, pues todas las fuerzas de oposición juntas (PAN, PRD y PT) no reunían más que el 25,7 por 100 de la representación de la Cámara, frente al 33 por 100 requerido. En la actualidad, en el Senado se haría necesario igualmente un acuerdo entre las dos principales fuerzas parlamentarias opositoras (no mayoritarias) para plantear una acción de inconstitucionalidad. Todo ello resulta agravado, si cabe, si se atiende al dato de que las fuerzas parlamentarias entre las que debe lograrse el acuerdo representan tendencias ideológicas contrapuestas entre sí (PAN Y PRD), lo que dificulta muy notablemente dicho acuerdo, que ha de venir referido, obviamente, no sólo al planteamiento de la acción, sino también a sus precisos términos (preceptos impugnados y motivación de la impugnación).
 14. Aunque es verdad que en Austria o Alemania también se exige que la acción aparezca respaldada por un tercio de los parlamentarios, también lo es que en España, por ejemplo, se legitima a un séptimo de los diputados y a un quinto de los senado-

Notas

res; y en Portugal, por ejemplo, a un décimo de los diputados. Y desde luego, si la situación mexicana ofrece alguna especialidad es justamente la de la escasa fragmentación parlamentaria desde hace ya casi siete décadas, por más que la situación parezca estar cambiando progresivamente, a marchas forzadas.

15. Hay un dato que resulta por lo demás enormemente significativo de la disfuncionalidad de esta legitimación por el elevado porcentaje establecido: puede darse el caso de que ese porcentaje del 33% represente un porcentaje mayor que aquel con el que se aprobó (o, en todo caso, podría haberse aprobado) la ley impugnada, puesto que el quórum exigido para quedar válidamente constituidas las Cámaras es de las dos terceras partes en la de Senadores y de la mitad más uno, simplemente, en la de Diputados. Parece que, en tal supuesto, el exceso del porcentaje requerido es tan obvio como absurdo el resultado al que conduce: para impugnar una ley se requiere una mayoría superior a la precisada para aprobarla y, por consiguiente, también a la necesaria para derogarla. Podría resultar más difícil, en tales supuestos, a una fuerza o fuerzas parlamentarias impugnar una ley presuntamente inconstitucional que derogarla lisa y llanamente, en cuanto que se necesitaría en el primer caso el consenso de mayor número de representantes que en el segundo.

16. En cuanto a la personación en juicio de la minoría parlamentaria como parte demandante se le exige que designe, en la instancia inicial, como representantes comunes a dos o más de sus integrantes, quienes actuarán conjunta o separadamente durante todo el procedimiento y aún después de concluido éste. En caso de que no se designaren representantes comunes, el Presidente de la Suprema Corte lo hará de oficio. Los representantes comunes podrán acreditar delegados para que hagan promociones, concurran a las audiencias y en ellas rindan pruebas y formulen alegatos, así como para que promuevan los incidentes y recursos (artículo 62 LR105). No cabe, pues, la designación de representante a persona que no integre la minoría parlamentaria que ejerce la acción, como tampoco es posible la delegación de la legitimación, pues los delegados de que habla la ley o son de los representantes, a los efectos señalados. En todo caso, se presumirá que quienes comparezcan a juicio gozan de la representación legal y cuentan con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario (artículo 11 LR105). La Ley Reglamentaria, dadas las peculiaridades de los procesos constitucionales, no admite el sobreseimiento por desestimiento del actor, con lo cual, una vez presentada la acción de inconstitucionalidad, no es posible sustraer a la Suprema Corte del conocimiento de la cuestión.

17. Por lo que a la personación en juicio del Procurador General se refiere, debe señalarse que el artículo 102 constitucional establece que intervendrá personalmente en todo lo referido al ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad y no, por consiguiente, por conducto de sus inferiores jerárquicos o cualesquiera otros representantes; la propia Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República reitera esta idea al señalar que la interposición de la acción de inconstitucionalidad es función personal e indelegable del Procurador General.

18. Como dijera Ortega, la salud de las democracias, cualquiera que sea su tipo y grado, depende de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral. Todo lo demás es secundario. José Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, Espasa Calpe, Madrid, 1964 (primera edición en 1937).

19. La legitimación específica de los partidos políticos no se concibe, en efecto, como una legitimación excluyente del régimen común que existe para todas las leyes, sino que es una legitimación cumulativa de la reconocida en favor del Procurador General y de las minorías parlamentarias: a esa legitimación general para todo tipo de leyes se añade ahora otra específica para las leyes de carácter electoral, lo cual supone, por lo demás, una cierta intensificación del control de las leyes electorales por la vía de la acción de inconstitucionalidad. Ahora bien, paralelamente a esa intensificación del control por la vía de la acción de inconstitucionalidad de las leyes electorales, se ha consagrado una norma en virtud de la cual la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo (artículo 105.II de la Constitución), esto es, la iniciada por la acción de inconstitucionalidad. Se excluye, así pues, y de manera que no deja lugar a dudas, el control de constitucionalidad de las leyes electorales a través tanto de las controversias constitucionales _sobre las que el mismo precepto, en su apartado I, establece que no pueden extenderse nunca a la materia electoral_ como por la vía del amparo contra leyes, a diferencia de lo que ocurre con las demás leyes, peculiari-

Notas

dad que si bien podría quizás admitirse respecto de la exclusión de la impugnación de estas leyes por vía del amparo, no parece que sea igualmente justificable respecto de las controversias constitucionales. Supone además que transcurrido el fugaz plazo legal de tres meses desde la publicación de la ley para plantear una acción de inconstitucionalidad, no es posible activar mecanismo alguno para el control de la constitucionalidad de las leyes electorales, lo que no parece en modo alguno acertado.

20. Aunque el partido de que se trate sí que ha de tener, obviamente, un apoyo social o militancia mínimos en cuanto que ha de ser un partido legalmente registrado y el artículo 24 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) exige para el registro de una organización como partido político, que cuente con 3000 afiliados en por lo menos diez entidades federativas o 300 afiliados en por lo menos 100 distritos electorales uninominales, sin que en ningún caso el número total de sus afiliados en el país pueda ser inferior al 0.13 del padrón electoral federal utilizado en las elecciones federales inmediatamente anteriores.

La legitimación contemplada respecto de las minorías parlamentarias, en cambio exige el acuerdo de al menos un 33 por ciento de los integrantes del órgano legislativo que expidió la ley, quienes normalmente pertenecerán a un mismo partido o a dos partidos opositores, con lo que implícitamente se exige que el partido o partidos impugnadores (que son quienes están realmente detrás de los parlamentarios) tengan por sí o conjuntamente una determinada, y nada pequeña por cierto representación parlamentaria, sea a nivel federal o estatal. Nada de ello funciona, en cambio, con relación a la legitimación de los partidos políticos frente a las leyes electorales:

21. La Suprema Corte ha entendido que si el partido promovente [de la acción de inconstitucionalidad] demuestra haber solicitado el registro condicionado [ante el Instituto Federal Electoral, o ante el registro estatal, según sea un partido de ámbito federal o local] conforme a la convocatoria expedida por la autoridad electoral y ésta le negó el registro, debe estimarse que carece de legitimación procesal para ejercitar la acción constitucional de mérito por no acreditar contar con el certificado respectivo, expedido en términos de lo dispuesto por los artículos 22 y 23 COFIPE (Acción de inconstitucionalidad 7/96, de 7 de enero; tesis 16/1997, de 10 de febrero). Para el registro definitivo de un partido político, aparte de la necesaria militancia mínima aludida ya en la nota anterior, se exige que la organización que pretenda el registro formule, con el contenido mínimo previsto en los artículos 25 a 27 COFIPE, una declaración de principios, un programa de acción y unos Estatutos (artículo 24 COFIPE). Cfr., también, los artículos 28 a 31 COFIPE.

Por otra parte, el artículo 32 COFIPE establece que al partido que no obtenga por lo menos el dos por ciento de los votos en alguna de las elecciones federales ordinarias para Diputados, Senadores o Presidente de la República le será cancelado el registro y perderá todos sus derechos y prerrogativas, sin que pueda solicitar de nuevo el registro hasta después de transcurrido un proceso electoral federal ordinario.

22. Así, por ejemplo, en el caso del Partido Revolucionario Institucional sus estatutos atribuyen la competencia para plantear la acción de inconstitucionalidad, de entre sus órganos directivos, al Presidente del Comité Ejecutivo Nacional (artículo 83.XIX). En cuanto al Partido de Acción Nacional, la Suprema Corte declaró improcedente la acción de inconstitucionalidad 5/96 por haber sido planteada dicha acción por su Secretario General y no, como correspondería, por su Presidente.

23. Se trata de una solución prudente y comprensible, en cuanto que no hay un cambio de régimen ni de texto constitucional, como sí lo hubo en Italia con la Constitución de 1947, en Alemania con la Ley Fundamental de 1949 o en España con la Constitución de 1978.

24. Y en particular se referirá este control de constitucionalidad al respeto de las bases generales que respecto de la organización político-constitucional de los Estados se establecen en la Constitución Federal.

25. Sobre la distinción entre límites expresos, inmanentes e implícitos a la reforma constitucional, puede verse Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Ferdinand Larquier, Bruselas, 1985, pág. 204; véase también José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993 pág. 1129 y ss.

Notas

26. Sobre la cuestión, me remito al estudio de síntesis de Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano a fin de siglo*, Porrúa, México, 1995, pág. 43-44.
27. En cualquier caso, aún en la hipótesis de admitirse la existencia de esa clase de límites, es innecesario señalar que un control de este tipo es únicamente imaginable en situaciones constitucionales patológicas de gravedad en las que, probablemente, la Justicia Constitucional ya poco pueda aportar, por sí misma, para hacer realmente operativos esos límites.
28. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes. Acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente hará el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.
29. Y, naturalmente, todavía menos se acepta el control material al que nos hemos referido antes.
30. Elisur Arteaga Nava, *La controversia constitucional ...*, cit., p. 53. Madrazo, por su parte, señala: por último, y en relación con la posibilidad de que el Poder Judicial pueda apreciar probables vicios en la tramitación de una reforma constitucional, es incontestable que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico tal posibilidad es inexistente, pues para ello sería necesario que así lo declarase la propia Constitución, sumando al poder revisor de la Constitución el órgano y la instancia judicial, lo que en la especie no sucede [...] Sólo una interpretación errónea e interesada podría colocar al Poder Judicial Federal, en tanto que poder constituido, por encima del poder revisor o constituyente permanente. Jorge Madrazo, *El artículo 135*, en el colectivo *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, comentada, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, tomo II, México, 1995, pág. 1375.
31. Véase, al respecto Ignacio Burgoa, *Derecho Constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1996, pág. 656-657.
32. Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 296.
33. Sobre éstos, véase Ignacio Burgoa, *Derecho Constitucional ...*, cit., pág. 783 y ss.
34. Héctor Fix Fierro, *La reforma judicial ...*, cit., pág. 122.
35. Para Alemania, donde el control se ha instaurado por vía jurisprudencial, véase BVerfE 2,79; BVerfE 1, 396 (pág. 411 y ss.); 4, 157 (pág. 162); 12, 205 (pág. 220 y ss.) y Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1980 pág. 268, N° 15; para Francia, véase, la Ley N° 92-554 y los artículos 18 y ss. de la LOCC, reformada también por Ley Orgánica 95-63, de 19 de enero de 1995; para Portugal, artículos 278 y 279 Constitución y Título III, Capítulo II, Subcapítulo I, Sección segunda (Proceso de fiscalização preventiva), artículos 57 a 61 LTC; para Colombia, artículo 240, punto 10, de la Constitución; y para Andorra, artículo 98 de la Constitución y Título IV, Capítulo III (Del procediment previ de control de constitucionalitat dels Tractats internacionals) de la LQTC.
36. Es decir, una vez ratificado el Tratado Internacional, no hay forma de destruir ni la vinculación internacional del propio Estado, ni tampoco la consiguiente responsabilidad por incumplimiento, incluso en el caso de que el órgano competente para ello declare inconstitucional tal Tratado, salvo cuando lo haga por motivos de falta de competencia, pues la única excepción que la Convención citada admite respecto de la regla de no invocación de normas internas es la referida a aquellas normas internas que regulen la competencia para celebrar Tratados pero, incluso en tal caso, la violación de dichas normas ha de ser manifiesta y afectar a una norma de importancia fundamental en Derecho interno, estableciendo, por su parte, el artículo 46.2 CV que una obligación es manifiesta sólo si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe. Fuera de este caso, y siempre que no se concierte con la otra(s) parte(s) para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el Tratado o modificarlo en el punto en cuestión, el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará responsabilidad internacional del Estado, al margen ya de cuales sean los efectos o consecuencias que de ello a nivel estrictamente interno puedan derivarse.

Notas

37. La Constitución no establece en modo alguno tal distinción entre tratados y convenios internacionales como categorías diversas, sino que emplea ambas terminologías como sinónimas; y, en particular, el artículo 89 de la Constitución establece que es competencia del Presidente de la República la celebración de "tratados internacionales", sin que en ningún otro precepto se establezca una competencia distinta para la celebración de esos convenios internacionales pretendidamente diversos de los tratados internacionales. A nivel internacional, toda posibilidad de una distinción de ese tipo queda cerrada o descartada, rotundamente, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, la cual se refiere expresamente a esta cuestión terminológica casi en su mismo frontispicio y así, al definir en su artículo 2 al tratado como todo acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, termina esta definición con la importante precisión de que se entiende por tratado cualquier acuerdo internacional que cumpla esos requisitos cualquiera que sea su denominación particular. A nivel legal, en fin, el artículo 2.I de la Ley sobre Celebración de Tratados Internacionales, de 2 de enero de 1992, establece que, en el ordenamiento jurídico mexicano se entenderá por Tratado Internacional el convenio regido por el Derecho Internacional Público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación se requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos mexicanos asumen compromisos (cursiva mía).
38. En todo lo no regulado expresamente por la LR105, su artículo 1 se remite a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, que resulta así de aplicación subsidiaria por disposición legal expresa, con lo cual parece no admitirse la ideosincrasia del proceso constitucional defendida por algún sector de la doctrina alemana.
39. La eficacia de estas consideraciones se regula positivamente en el artículo 43 LR105, en los siguientes términos: Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos [ratio decidendi], serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales o locales.
40. En caso de declaración de invalidez de la norma impugnada, los efectos de la sentencia deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, precisión esta última del artículo 41.IV LR105 que hay que entender, en rigor, como una quiebra legal del principio de congruencia que exige que exista una exacta correlación entre el *petitum* de la demanda y el contenido del fallo, pero que en realidad constituye una exigencia ineludible de la propia estructura del proceso de control normativo a fin de salvaguardar la necesaria coherencia del texto legal al que pertenecían los artículos anulados y ello porque lo dispuesto en ese artículo no puede interpretarse como referido a las normas que dependan jerárquicamente de las disposiciones invalidadas sino que se refiere, evidentemente, a todas aquellas normas que dependan lógicamente de la norma que se invalida y ello tanto si son normas legislativas como si son normas reglamentarias. La lógica del precepto, que guarda por lo demás correlación con preceptos análogos en todos los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, es la de preservar la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto. Es particularmente necesario, en cualquier caso, que la Suprema Corte establezca claramente cuáles son esos preceptos a los que se extienden los efectos de la sentencia estimatoria, así como también, por otra parte, la fecha a partir de la que las sentencias producirán sus efectos (artículo 45 LR105).

Notas

41. CUADRO DE MAYORÍAS REQUERIDAS PARA QUE PROSPERE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN FUNCIÓN DEL NÚMERO DE MINISTROS PRESENTES:

Número de miembros del Pleno presentes	A favor de la inconstit.	En contra Mayoría requerida	
11	8	3	72,7%
10	8	2	80,0%
9	8	1	88,8%
8	8	0	UNANIMIDAD

U3PQ - BIBLIOTECA

42. Paul Kirchhof, Efectividad de los derechos fundamentales; en particular, en relación con el ejercicio del poder legislativo, en el colectivo Antonio López Pina (dir.), La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, Civitas-Universidad Complutense, Madrid, 1991, pág. 253.

43. Héctor Fix Fierro, La defensa de la constitucionalidad ..., cit., pág. 55, n. 31.

44. Aunque el artículo 19.IV LR105 exige no sólo identidad de objeto y de causa, sino también de partes, entiendo que ello es así únicamente respecto de las controversias a las que específicamente se dirige el precepto, pero no respecto de las acciones de inconstitucionalidad, a las que se refiere sólo indirectamente, por remisión al mentado precepto del artículo 65 LR105 y que responden a una lógica distinta.

45. Nos referimos a los criterios que hayan constituido la ratio decidendi de una resolución anterior y no a los obiter dicta, que no le vinculan en absoluto.

46. Héctor Fix Fierro, La Reforma Judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad, *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, N° 13, especial sobre la Reforma Judicial, México, 1995, pág. 123. Esta fórmula, si bien pudo cumplir históricamente una función de importancia, hoy parece que ha de ser de un modo u otro superada, tanto por razones de economía procesal y congruencia jurídica cuanto por razones elementales de igualdad ante la ley, especialmente de aquellos socialmente más débiles y cuyo acceso real a los tribunales está de hecho vedado. No cabe duda, en cualquier caso, que la regulación de la acción de inconstitucionalidad en este punto supone un importante avance en la línea indicada, por más que no resulte todavía suficiente.

48. Son causas de improcedencia: impugnación de normas generales que sean materia de una acción de inconstitucionalidad pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, normas generales [...] y conceptos de invalidez (litispendencia); impugnación de normas generales que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra acción de inconstitucionalidad siempre que exista identidad de partes, normas generales [...] y conceptos de invalidez (cosa juzgada); cesación de los efectos de la norma general impugnada; presentación de la acción una vez transcurrido el plazo de tres meses (extemporaneidad).

49. Son causas de sobreseimiento la prueba de la inexistencia de la norma, así como cualquier causa de improcedencia que sobrevenga durante el juicio. Ello ha sido interpretado por la Suprema Corte como una exigencia de que el juzgador, con la mera lectura del escrito inicial y de sus anexos, considera probada la correspondiente causa de improcedencia sin lugar a dudas, sea porque los hechos sobre los que descansa hayan sido manifestados claramente por el demandante o porque estén probados con elementos de juicio indubitables, de suerte tal que los actos posteriores del procedimiento no sean necesarios para configurarla en forma acabada y tampoco puedan, previsiblemente, desvirtuar su contenido. Tesis LX-XII/95 (9ª), emitida en el recurso de reclamación de la acción de inconstitucionalidad 1/95.

De las Constituciones de los Estados nación al "Tratado-Constitución" de la Unión Europea

José Manuel Sobrino H.

El proceso de construcción europea se encuentra, tras cincuenta años de historia, en una nueva encrucijada. La Unión Europea se apresta a recibir a diez nuevos Estados miembros y sus Tratados constitutivos están siendo objeto de revisión en el marco de una Convención donde se debate su futuro. Los trabajos de esta Convención alumbrarán un texto que será sometido a una Conferencia intergubernamental de la que saldrá el instrumento jurídico destinado a regir su funcionamiento en los próximos años.

Este instrumento jurídico va a ser el resultado de un procedimiento híbrido, donde intervienen por un lado representantes de los principales sectores que participan en la construcción europea y, entre ellos, parlamentarios europeos y nacionales; y, por otro lado, los propios Estados miembros en el marco de una conferencia diplomática de corte tradicional.

Las características de tal procedimiento, el hecho de salirse de los cauces habituales de la revisión de los Tratados constitutivos de la UE, tal y como aparecen descritos en el art. 48 TUE, los intentos de dar una mayor transparencia a los debates y abrirlos a la opinión pública europea, han llevado a diversos comentaristas a hablar de un proceso cuasi-constituyente, de una futura Constitución europea, en fin, de un Tratado-Constitución.

Lo cierto es, cualquiera que sea el resultado al que se lleguen en 2004, que el proceso tradicional de revisión de los Tratados constitutivos, que en los últimos años ha sido no sólo frecuente sino también cercano en el tiempo, muestra señales evidentes de agotamiento, como reflejan elocuentemente los avatares por los que está pasando la ratificación del Tratado de Niza. En otros términos, parece que ha llegado el momento para introducir algunos cambios en la vieja doctrina comunitarista de los pequeños pasos y aventurarse en una profunda reforma de los Tratados. La cuestión ahora es la de saber si existe voluntad política y si esta voluntad puede expresarse en un entorno complejo como es el representado por la ampliación de la UE a nuevos países. La Convención, cuya creación fue decidida en el Consejo Europeo de Laeken en diciembre de 2001, viene, bajo la dirección del ex - Presidente francés Giscard d'Estaing, avanzando en su trabajo desde el pasado mes de marzo de 2002. Igualmente las instituciones europeas van haciendo llegar documentos y proyectos sobre el futuro de la Unión Europea. Otro tanto están haciendo, también, diversas organizaciones que representan a la sociedad civil europea. En la generalidad de ellos se apunta la conveniencia de renovar el método comunitario y avanzar en la integración. Este método es el resultado de un largo proceso de cincuenta años desarrollado sobre las tierras europeas y sobre el que conviene de-

tenerse un momento para intentar calibrar, gracias a ello, el esfuerzo que ahora se hace en el marco de la mencionada Convención.

Una rápida visión de la historia del Continente europeo arroja como elemento identificativo la presencia de Estados nación, titulares exclusivos del ejercicio de una soberanía que se estimaba individual, abstracta y absoluta y, en cuyo marco, la organización política de los mismos giraba exclusivamente en torno a sus Constituciones nacionales. Con el tiempo, este panorama comenzó a transformarse, sobre todo desde el momento en que se crean organizaciones internacionales que pasan a detentar, también, el ejercicio de competencias soberanas. Veamos, brevemente, como se desarrolló primeramente este proceso y luego como se concretó en la actual Unión Europea.

Como es sabido, al finalizar la Segunda Guerra Mundial la situación en el Continente europeo era tal que numerosas ideas federalistas que se había ido conceptualmente construyendo en el período de entreguerras encontraron un excelente caldo de cultivo. En efecto, en aquella Europa arruinada y destruida fueron germinando una serie de movimientos, conferencias y, sobre todo, unas organizaciones internacionales, de un modelo nuevo, que inician un lento pero continuado proceso de integración de los pueblos europeos. La novedad de tales organizaciones radica en que sus Estados miembros, a través de mecanismos constitucionales internos que lo prevén, van a ceder a las mismas el ejercicio de parcelas de soberanía cada vez más amplias, dando entrada, de tal manera, a una nueva idea de soberanía, la de una soberanía relativa y divisible.

Este proceso, de corte inicialmente funcionalista, sustentado en realizaciones concretas a través de las cuales se fueran creando unas solidaridades de hecho, se inicia el 9 de mayo de 1950 con la Declaración Schuman, en la cual el entonces Ministro de Asuntos Exteriores francés anunciaba la propuesta hecha a Alemania de creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero, abierta a la participación de otros países de Europa. Esta organización vio la luz el 18 de abril de 1951 y con ella aparece una nueva expresión en el lenguaje jurídico internacional, me refiero a la de supranacionalidad recogida en el art.9, párrs. 5 y 6 de su Tratado constitutivo (mención, hoy desaparecida como consecuencia de su abrogación por el art. 19 del Tratado de Fusión de 1965).

Distintos avatares internos a Europa la han ido impulsando por el camino de una progresiva integración. Este camino nos lleva a la firma en Roma el 25 de marzo de 1957 de los Tratados por los que se crean la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, con lo que se conforman los tres elementos esenciales

que sustentan la columna comunitaria del Ordenamiento Jurídico comunitario. Desde entonces el proceso de integración no ha cesado de avanzar, a veces más rápido otras más lentamente, hasta ir configurando una Unión Europea no ya solo económica (el Mercado interior único es una realidad el 1 de enero de 1993), sino también política (merced al Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992), así como social (gracias al Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997) y, en fin, monetaria (plasmado en la moneda única, el euro, el 1 de enero de 1999).

La Unión Europea es la denominación con la que se conoce la fase actual de este proceso de integración europea que acabamos, brevemente, de esbozar. Está construida, tal y como se desprende del Tratado de Amsterdam, sobre tres pilares jurídicos: uno de naturaleza comunitaria, el conformado por las tres Comunidades preexistentes (la CECA, 1951; la CE, 1957; y, la CEEA, 1957) y dos de esencia intergubernamental: la Política Exterior y de Seguridad Común y la Cooperación en materia de Justicia Penal y Policía.

Su misión fundamental es la de organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos. Hoy en día, el número de Estados que participan en este proceso de integración económica, política y social es el de quince, puesto que a los seis Estados originarios que conformaban la Pequeña Europa (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos), se le fueron añadiendo: primero, en 1973, Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido; más tarde, en 1981, Grecia; luego, en 1986, España y Portugal; y, finalmente, en 1995, Austria, Finlandia y Suecia. Este incremento progresivo de Estados miembros sigue abierto y desde 1998 se desarrollan negociaciones oficiales para la adhesión de nuevos países europeos.

Los objetivos que persigue la Unión Europea, tal y como aparecen enunciados en el Tratado de la Unión Europea, son los de: promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará una moneda única; afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política de defensa común; reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión; mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia; mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo.

Para alcanzar estos objetivos, la Unión Europea cuenta con una estructura institucional donde aparecen reflejados los diversos intereses que intervienen en la construcción europea: los intereses de los Estados miembros (el Consejo de Ministros); los de los pueblos europeos (el Parlamento Europeo); los intereses estrictamente comunitarios, frente a los intereses singulares de los Estados miembros (la Comisión Europea); los intereses de la Comunidad de De-

recho (el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia); la conciencia financiera (el Tribunal de Cuentas); los intereses regionales y locales (el Comité de las regiones); y, en fin, los intereses del mundo del trabajo (el Comité Económico y Social).

Dispone además de un ordenamiento jurídico propio y autónomo, el Derecho comunitario europeo que se configura como un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas, que posee sus propias fuentes y está dotado de órganos y procedimientos aptos para producirlas, interpretarlas y sancionar su incumplimiento. Que se caracteriza, como veremos, por su primacía con respecto a los derechos internos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones comunitarias.

En este sentido, las normas comunitarias no tienen como únicos destinatarios a los Estados ni como objeto exclusivo las relaciones interestatales o los comportamientos estatales, sino que además afectan a los derechos y obligaciones de los particulares y están dirigidos a éstos, quienes pueden invocarlas ante los Tribunales. Por estas razones el Derecho comunitario europeo se configura como el ejemplo más ilustrativo de un Derecho de la integración, en su doble vertiente, de construcción teórico-conceptual y de realización de avances y experiencias concretas.

El núcleo normativo de este Derecho de integración que es el Derecho comunitario cubre, aspecialmente, el mercado interior, con sus libertades fundamentales (libre circulación de mercancías, libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales y pagos) y su régimen en materia de competencia. Este mercado se complementa con unas políticas comunitarias en los siguientes ámbitos: económico y monetario, agrícola, de visados, de asilo e inmigración, de transportes, fiscal, de empleo, comercial, social, de educación y juventud, cultural, de consumidores y de sanidad, de redes transeuropeas, industrial, de cohesión económica y social, de investigación y desarrollo tecnológico, ambiental y de cooperación al desarrollo. Este corpus de normas se enriquece, además, con otras de naturaleza intergubernamental en los terrenos de la cooperación en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común y en el de la cooperación policial y de justicia penal.

El Derecho comunitario se ha ido convirtiendo, progresivamente, en el verdadero cemento jurídico de la construcción europea. De manera que sin su presencia y características, difícilmente se hubiera avanzado en todos los frentes en los que la integración comunitaria europea lo ha hecho hasta la fecha. En este sentido, hay que subrayar que las comunidades europeas son no sólo fruto del Derecho (los Tratados constitutivos) sino que, además, constituyen Comunidades de Derecho y la Unión Europea, fundada en ellas, comparte esta naturaleza. El Derecho comunitario constituye, pues, un factor importante de integración y un rasgo diferenciador de la misma respecto de otros modelos de organizaciones, como son las organizaciones de cooperación e, incluso, de otras que inmersas también en procesos de integración se encuentran aún en fases menos adelantadas (Mercosur o Comunidad Andina). Ello explica, además, que las relaciones que se dan en la UE entre sus sujetos (Estados miembros, instituciones y personas jurídicas y físicas) se hayan legalizado en una alta medida y se encuentren ba-

jo el control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a quien compete garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de las normas comunitarias (art. 220 TCE).

Pero, además, si el Derecho comunitario constituye un verdadero Derecho de integración, se debe, en buena medida, a que ha conseguido implantarse profundamente en la realidad jurídica de los Estados miembros y ello gracias a que es concebido, interpretado y aplicado como una norma uniforme por los ciudadanos, las administraciones y los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros y al hecho de que son los propios particulares quienes lo han invocado ante sus jueces nacionales, como reconoce una reiterada jurisprudencia iniciada en la STJCE de 5 de febrero de 1963 (Van Gend en Loos, 26/62, Rec. p.1), lo que en parte convierte a estos últimos en unos importantes instrumentos de control de la correcta aplicación de este Derecho.

Ello ha permitido que el propio proceso de integración europeo haya, a su vez, gestado un Ordenamiento de corte constitucional autónomo (véanse, en este sentido, los pronunciamientos del TJCE: STJCE de 23 de abril de 1986, Los Verdes, 294/83, Rec. p.1339; Dictamen C-1/91 de 14 de diciembre de 1991, EEE, Rec. p. I-6079; Dictamen 3/94 de 13 de diciembre de 1995, GATT-OMC-Acuerdo marco sobre los plátanos), donde tienen cabida principios y normas cuyos destinatarios no son únicamente los Estados y las Instituciones comunitarias, sino que, además, afectan a los derechos y obligaciones de los propios ciudadanos comunitarios y están dirigidos a éstos, quienes pueden invocarlas ante sus Tribunales. Mediante el mismo se regulan las relaciones de todos los sujetos de la Unión Europea entre sí y con su estructura institucional se fijan los objetivos comunes, se distribuyen las competencias y se establecen las reglas de juego mediante las cuales se adoptan las decisiones de obligado cumplimiento, aplicables directamente en los Estados miembros y con primacía sobre la legislación nacional. Todo ello implica, de un lado, los necesarios ajustes y previsiones en las Constituciones políticas de los Estados miembros y, de otro, supone la aparición, merced a la atribución del ejercicio de competencias soberanas a las Instituciones de la Unión Europea, de un modelo constitucional aplicable a los Tratados constitutivos de esta organización internacional. Lo que encierra un problema jurídico: un Tratado no es una Constitución, una organización internacional no es un Estado Federal. Aspectos que paso a paso examinaremos a continuación.

El proceso de integración europeo se cimienta sobre el Derecho comunitario europeo. Este Derecho de integración, propio y autónomo, se crea, aplica y desarrolla gracias a que los Estados miembros han consentido limitar, a favor de las Instituciones comunitarias y en ámbitos específicos, el ejercicio de sus derechos soberanos.

En efecto, para conseguir los objetivos mencionados y para desarrollar mediante unas normas jurídicas propias y autónomas el mercado interior único y las políticas que lo complementan, la Unión Europea tiene atribuidas una serie de funciones y de competencias. En este sentido, cabe destacar a título preliminar como la Unión Europea y las Comunidades europeas sobre las que se sustenta, no gozan de competencias ilimitadas y ello a pesar de estar destinadas a la prosecución de amplias metas y a ejercer poderes de vas-

to alcance, puesto que, a diferencia de los Estados y a semejanza de las demás organizaciones internacionales, no poseen, según la expresión tradicional, más que una simple competencia de atribución.

Este principio aparece claramente enunciado en el art. 5 del Tratado CE, donde se dice que: La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

Pero quién dice atribución de competencias a las Instituciones comunitarias, dice lógicamente, también, limitación correlativa de poderes soberanos de los Estados miembros. Este fenómeno, definidor de los procesos de integración, ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia del TJCE, donde se ha subrayado como, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado de la CEE instituyó un ordenamiento jurídico propio, que al quedar integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros a partir de la entrada en vigor del mismo, se ha impuesto a sus jurisdicciones; y como, al crearse una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, con capacidad de representación internacional y, más concretamente, de poderes efectivos que emanan de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, estos últimos han limitado, aunque en esferas delimitadas, sus derechos soberanos y creado, de esta forma, un derecho aplicable tanto a sus nacionales como a ellos mismos (STJCE, de 15 de julio de 1964, Costa c. ENEL, Rec. 1964, p. 1159).

El buen desarrollo de este fenómeno paralelo de atribución de competencias y de desposeimiento de poderes soberanos debe descansar en dos datos ineludibles y previos: uno, que los sistemas constitucionales internos de los Estados miembros lo permitan, esto es, que las Constituciones políticas hallan preparado el terreno; y, dos, que dichos Estados no estén aferrados a la doctrina de la soberanía absoluta, pues si tal ocurriera, sería imposible su participación en organizaciones de integración.

Por lo que se refiere a este segundo dato, vemos como la atribución de competencias —test, vuelvo a insistir, en todo proceso de integración— descansa en una noción de soberanía alejada de la tradicional idea de una soberanía abstracta individual, inalienable y absoluta. En efecto, si por soberanía entendemos —en la clásica definición del Prof. Carrillo Salcedo— el conjunto de competencias y derechos de que cada Estado independiente es titular en sus relaciones con otros Estados, cabe suponer que todo proceso de integración parte de la idea de la divisibilidad de su ejercicio. Al respecto, podemos ver, además, como son varios los factores que, hoy en día, están erosionando la imagen casi mítica de la soberanía, por un lado la progresiva institucionalización de la comunidad internacional y el consiguiente incremento de las funciones atribuidas a las organizaciones internacionales, por otro lado, la configuración de un orden público internacional, mediante el establecimiento de normas jurídicas imperativas, con la consiguiente merma del relativismo que ha sido una característica tradicional del Derecho internacional y que se evidencia en las transformaciones relativas a los derechos humanos, los crímenes internacionales, la responsabilidad internacional del Estado, etc. Y, en fin, por otro lado, la presencia, en algunos ámbitos, de ciertos actores internacionales que concentran el poder económico y

que como consecuencia del fenómeno mundializador de los mercados no reparan en fronteras, ocasionando el consiguiente debilitamiento de aquellos elementos que la doctrina estima indisolubles de la noción de soberanía: esto es, el ejercicio de las competencias y funciones de Estado con exclusividad, plenitud y autonomía.

Es el ejercicio divisible de la soberanía, lo que permite a unos Estados asociarse con otros y ceder todos parcelas de la misma para su ejercicio común por unas instituciones con la finalidad de alcanzar unos intereses colectivos. Ello que no supone, ni mucho menos, el negar a la soberanía su condición de elemento esencial del sistema internacional del que aún continúa constituyendo su clave de bóveda. Ahora bien, es esta idea la que posibilita los necesarios reajustes, fusiones o ejercicios comunes de estas competencias soberanas que conlleva todo proceso de integración y, en particular, el representado por la construcción europea.

Esta noción de soberanía, al facilitar la cesión del ejercicio de competencias, plantea, en cada caso concreto, la necesidad de determinar quién, Estado o Unión Europea, detenta dicho ejercicio sin que se excluyan, según los casos, ni las acciones conjuntas ni la realización por el Estado de actividades subordinadas. Este procedimiento trae como corolario que las instituciones comunitarias no van a disfrutar siempre del mismo tipo de competencias y que variarán según las acciones a desarrollar, de manera que en algunos ámbitos gozarán de competencias exclusivas, en otros estas competencias las compartirán con los Estados miembros y, en otros, no tendrán ningún tipo de competencias. Además, en el caso en que estemos ante competencias compartidas, la actuación comunitaria deberá efectuarse respetando el principio de subsidiariedad, en el sentido de que esta actuación solo tendrá lugar cuando razones de necesidad y de eficacia así lo exijan. Conformándose este principio en un elemento fundamental en los procesos de integración.

Como se ha repetido desde la doctrina, este reparto de competencias evoca, evidentemente, los modelos estatales federales. Pero las diferencias con los mismos son sustanciales, así y a diferencia de las Constituciones federales, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no contienen títulos o capítulos consagrados al problema de la atribución de competencias. En efecto, esta atribución no se hace por materias sino en forma de acciones a realizar, funciones a cumplir, por lo que habrá que descender a las disposiciones concretas de estos Tratados para saber cuáles son los poderes impartidos, qué institución es la beneficiaria y en qué formas y condiciones se ejercitará dichas competencias.

El Derecho comunitario nace, pues, en virtud de atribuciones de competencias de los Estados miembros a las Comunidades, cuyas instituciones pasan a ejercer efectivamente las competencias soberanas que les han sido cedidas. En este sentido, lo que caracteriza a la UE es que sus Estados miembros han renunciado al ejercicio de competencias soberanas, y no sólo a aquellas que son relativas a concretas materias técnicas (como ocurre en la generalidad de las organizaciones internacionales) sino también, y esto es lo novedoso, respecto a funciones que corresponden al ámbito esencial de la propia existencia en tanto Estado.

Ahora bien, hay que advertir, antes que nada, que se trata de una cesión voluntaria, esto es, no nos encontramos ante una imposición. En efecto, al respecto debemos partir de

la propia noción de organización internacional que, como se sabe, la califica de asociación voluntaria de Estados creada por un Tratado internacional. De ello se desprende que los Estados miembros, concedores de las características del ordenamiento jurídico comunitario y de la organización internacional al que corresponde, deciden, libre y voluntariamente, adherirse a la Unión Europea; con ello resuelven, igualmente, obligarse por su Tratado constitutivo y por los actos normativos de sus Instituciones. A partir del momento de la adhesión los Estados miembros no podrán ya invocar sus propias Constituciones para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión. Tal obstáculo viene consagrado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia y en los arts. 26, 27 y 46 de los Convenios de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y 1986. En efecto, todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que éste le impone.

Por otro lado, el Derecho que regula una organización en proceso de integración, como es el caso de la UE, no puede ser concebido como un Derecho estático, sino como un ordenamiento jurídico sujeto a una profunda evolución, por lo que todo intento de valoración del mismo debe tener en cuenta esta condicionante temporal. Y, así, al estar suponiendo este proceso una verdadera transferencia del ejercicio de competencias soberanas de los Estados miembros a favor de las instituciones comunes, en materias cada vez más amplias y diversas, se le ha ido otorgando al Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea una cada vez mayor autonomía respecto de los Derechos nacionales y del Derecho internacional. Tal evolución ha añadido nuevos elementos de complejidad en el debate en torno a la naturaleza jurídica de esta organización y a las características de el Derecho que viene creando.

En relación con ello, cabe recordar que la cuestión de la naturaleza jurídica de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea ha retenido, de siempre, la atención de la doctrina. Así, desde comienzos de los años cincuenta en que se creó la CECA, distintas respuestas han intentado resolver esta cuestión. Estos intentos se han traducido en una amplísima literatura jurídica, sin que se haya conseguido dar una respuesta completa y definitiva debido principalmente al hecho de que las Comunidades Europeas y la Unión Europea se encuentran inmersas, como señalaba, en un proceso de cambio permanente. De manera que las diferentes teorías reflejan y determinan al mismo tiempo el clima y las perspectivas políticas de la época en que fueron formuladas, éste ha sido el caso de las denominadas teorías: federalista, internacionalista, supranacionalista o funcionalista, entre otras que, a mi entender, han sido superadas por el propio proceso de construcción europea que no puede encerrarse en ninguno de estos modelos histórico-teóricos.

Lo que me parece indudable es que la Unión Europea no constituye una Federación, ni que en el horizonte se vislumbren unos Estados Unidos de Europa, por utilizar una expresión muy querida por los federalistas de entreguerras. Eso sí, nos encontramos ante un modelo original de organización internacional, que se aleja de las organizaciones inter-

nacionales clásicas o de cooperación y al que algunos han denominado Organización supranacional, si bien, yo preferiría calificarla, simplemente, de Organización de integración, o utilizando un paralelismo con la fórmula antes mencionada, unos Estados Integrados de Europa.

Sus particularidades derivan de la circunstancia de que se trata, como dijera el juez Pescatore, de una organización que es, ante todo, una organización integradora de Estados, y no, como el Estado una organización integradora de individuos. Idea que parece también inspirar la conocida sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, de 12 de octubre de 1993, cuando afirmaba que el Tratado de Maastricht de 1992, que estaba examinando, sería el fundamento de una unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa, organizados en Estados, pero no de un Estado cimentado en un pueblo europeo.

Ello nos aleja, a mi juicio, de la idea de supranacionalidad entendida como sustento de un Super-Estado, esto es, en tanto que fenómeno jurídico que supone la creación de un nuevo sujeto internacional dotado de soberanía y, además, superior a los entes estatales que lo componen (que por ello deberían, en el plano internacional, perder soberanía y, consiguientemente, uno de los elementos constitutivos de la noción de Estado). Pero esto creo que no ocurre ni tiene por que ocurrir en relación con la UE, donde a lo que más se ha llegado es a la cesión no de la soberanía sino del ejercicio de competencias soberanas, en parcelas que aunque cada vez son más amplias, también están, hay que decirlo, perfectamente delimitadas en la mayor parte de los casos.

Ello nos acercaría a otra idea de supranacionalidad que implicaría, en la línea recogida por Rubio Llorente, la existencia de una estructura integrada por Estados distintos que mantienen la titularidad de sus soberanía, pero dotada también de órganos propios cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros, más precisamente, que tienen efecto directo en el territorio de los Estados y que, en caso de colisión, prevalecen sobre las normas dictadas por los Estados. Esto es, una estructura propia de una organización que se encuentra en proceso de integración. Ahora bien, es un proceso de integración singular que, además, se aleja de otros modelos similares que se desarrollan en otras partes del mundo y, en particular, en América Latina. Descritos de forma concisa esta idea y este proceso se sustentarían, a mi entender, sobre el siguiente esquema.

- La base del proceso son unos Tratados internacionales concluidos por Estados soberanos. Por medio de ellos los Estados crean unas organizaciones internacionales a las que les atribuyen competencias. El sujeto creado es, pues, una organización no una supranación o un supraestado.
- Dado que las competencias que se le atribuyen afecta, a diferencia de la generalidad de las organizaciones, a funciones esenciales de los Estados, es preciso que con carácter previo éstos hayan adecuado sus Constituciones internas para que se posibilite tal transferencia de competencias. Y tal hecho hace que estas organizaciones sean de un tipo nuevo, no meras organizaciones de cooperación.
- La atribución de competencias es, por consiguiente, un acto voluntario de los Estados miembros, de manera que es necesario prever en qué ámbitos los Estados están

dispuestos a renunciar voluntariamente al ejercicio de una parte de su soberanía en beneficio de unas instituciones a las que dotan de la facultad de elaborar unas voluntades propias y autónomas.

- Desde el momento en que se concluyen los Tratados constitutivos, los Estados quedan internacionalmente obligados (art.26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados de 1969) y no podrán invocar disposiciones de sus Constituciones para eludir el cumplimiento de lo dispuesto en aquellos tratados (arts. 27 en relación con el 46 de la citada Convención).
- Las organizaciones resultantes no disfrutan de una competencia general, sino que se le determinan los ámbitos en los que puede actuar. Estas competencias pueden también deducirse del sistema de los Tratados.
- La integración respeta la identidad de los Estados miembros y se basa en el diálogo permanente entre los intereses nacionales y el interés comunitario y en el que se respeta las diversidades nacionales.
- Los Estados están presentes a lo largo de todo el proceso, de manera que las renunciaciones que van haciendo a sus propias facultades es previsible y controlable. Ellos son, en suma, quienes definen el proceso y quienes marcan su ritmo.
- Para que avance este proceso es necesario que se vayan produciendo delegaciones del ejercicio de la soberanía por parte de los Estados miembros, lo que significa abandonar el dogma de la soberanía absoluta y reconocer que el ejercicio de la soberanía, cuya titularidad ostentan los Estados y que radica, en definitiva, en el pueblo, puede ser cedida si con ello se facilita el logro de una serie de objetivos colectivos y superiores que se estiman como prioritarios y beneficios para el conjunto de la población de estos Estados. Ello puede exigir que a cada avance significativo que se produzca, los Estados hayan respondido, previamente, con una revisión constitucional que lo permita.
- En resumen, integración y supranacionalidad en sentido de supraestatalidad, son expresiones cercanas pero no sinónimas. Puesto que la integración no exige la renuncia por parte de los Estados miembros a su soberanía, solamente precisa que éstos, en virtud de dicha soberanía, cedan voluntariamente el ejercicio de la misma a la organización de que se trate. Supranacionalidad en tanto supraestatalidad significaría, en cambio, que estamos más allá de una mera cesión del ejercicio de la soberanía y que aparecen nuevos entes internacionales por encima de los Estados dotados de soberanía. Por mi parte, yo pienso que tal cosa no se produce por lo que respecta a la Unión Europea, por lo que preferiría hablar, hoy por hoy, de un proceso de integración, sustentado en la primacía del Derecho comunitario y en la eficacia directa de sus normas. Aunque no descarto que una vez agotada la técnica integradora sea necesario pasar a otra fase nueva que precisaría de la elaboración de una verdadera Constitución europea y, en este sentido, cincuenta años de aplicación de la mencionada técnica parecen mostrar que ésta ya no es suficiente para hacer avanzar el proceso de construcción europeo, lo que explica la emergencia de nuevas –tal vez no tan nuevas– manifestaciones a favor de modelos federales para Europa.

Al comenzar a mostrar señales de fatiga el proceso de integración, se multiplican las reflexiones en torno a la federalización en Europa. Este nuevo proceso se sustentaría en un Tratado-Constitución que, por ejemplo, en el pensamiento del Ministro de Asuntos Exteriores alemán Joschka Fischer, debería sustentarse en los Estados nación sin reemplazarlos. Tal difícil ecuación se sustentaría sobre el reparto de soberanía entre Europa y los Estados nación a través de la aplicación del principio de subsidiariedad, al que se le daría rango constitucional. Según estas ideas, las instituciones deberían representar tanto a los Estados nación como a los ciudadanos europeos, estableciendo, por ejemplo, en el Parlamento Europeo, dos cámaras, una formada por diputados elegidos por los ciudadanos y otra por senadores extraídos de los Estados miembros, o un presidente de la Comisión elegido mediante sufragio directo por los ciudadanos, etc.

Estos planteamientos, no muy alejados de otros efectuados por personalidades europeas como H. Schimdt, V. Giscard o J. Delors, retoman la idea de una Federación de Estados nación sustentada en un núcleo reducido de países. Puesto que lógicamente habrá países europeos que no quieran o no estén en condiciones de participar completamente en una aventura jurídico-política de tal envergadura. De este modo se apunta hacia la utilización del mecanismo, introducido por el Tratado de Maastricht de 1992, consistente en la cooperación reforzada, de manera que un grupo más o menos pequeño de países la llevarían a cabo y en su marco elaboraría un nuevo Tratado que a su vez constituiría el núcleo de la futura Constitución de la Federación, en la que se preverían instituciones propias tales como Gobierno con un Presidente directamente elegido por los ciudadanos y un Parlamento bicameral.

Algunas de las cuestiones que son objeto de debate en los trabajos de la Convención y que deberán quedar resueltas para la reforma de los Tratados constitutivos, tales como el lugar que debe ocupar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o la delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros, plantean directamente el problema del agotamiento del modelo comunitario pensado inicialmente para una pequeña comunidad de Estados con objetivos esencialmente económicos, y suscita la conveniencia de dar el salto hacia un modelo diferente fruto de una "Constitución" europea que rija en una UE económica, política y social.

Una UE que, en mi opinión, seguirá siendo una organización internacional, dotada de competencias de atribución, definida por una Constitución-Tratado en aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y generalmente compartidas entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias.

Una Constitución que en la línea de lo adelantado por el Informe Lamassoure del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2002 debería ser dirigida a todos los ciudadanos y concebida como un pacto de refundación que fusionaría los diferentes Tratados en un solo texto y afectaría a una sola entidad, la Unión, dotada de personalidad jurídica única y completa, lo que significaría comunitarizar los pilares segundo y tercero de la UE y garantizar su control parlamentario y jurisdiccional.

Este Tratado constitucional sustituiría al modelo actual de UE basado en cuatro Tratados básicos, donde las políticas son realizadas mediante procedimientos diferentes según sus ámbitos de actividad, y de la que además algunos Estados miembros se autoexcluyen y no participan en todas ellas. El Tratado constitucional, al fusionar los Tratados permitiría también simplificar y racionalizar la arquitectura institucional comunitaria, clarificando, también la organización de los poderes públicos europeos y cuyo valor, tal y como se dice en la Comunicación de la Comisión sobre un Proyecto de la Unión Europea [COM (2002) 247 final, 22.5.2002], sea entendido por los ciudadanos europeos como el que tiene una constitución para un Estado miembro.

Esta Constitución, más clara y legible que los textos actuales, consagraría el principio de separación, equilibrio y cooperación entre los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales de la Unión, incluiría un marco relativo a las competencias, distinguiendo entre las competencias propias atribuidas a la Unión, las competencias de principio de los Estados y las competencias compartidas y también integraría la Carta de los Derechos fundamentales de la UE en su cuerpo jurídico, al tiempo que simplificaría la adopción y la aplicación de las decisiones de la Unión.

Este texto no podrá ser sólo el resultado de un acto diplomático internacional (un nuevo tratado entre los Estados miembros de la UE) sino que deberá ser el resultado de un proceso democrático en el que participe el Parlamento europeo, los Parlamentos nacionales de los Estados miembros y de los Estados candidatos, los Parlamentos regionales de aquellas regiones con poderes legislativos y la propia opinión pública.

La duda está en saber si la presente Convención da cobijo a tal proceso democrático y si su resultado será respetado en la Conferencia intergubernamental de la que saldrá el nuevo Tratado-Constitución. En este sentido y frente a la idea de Derecho interno de Constitución me parece preferible utilizar la expresión de Tratado-Constitución o Tratado constitucional, puesto que el futuro texto jurídico seguirá siendo un tratado internacional, de corte constitucional, en la línea del art. 5 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986. Esto es, un tratado entre sujetos soberanos, los Estados, que dan nacimiento a otro sujeto internacional: la nueva UE. Distintos niveles de poder coexistirán en el espacio jurídico definido por este Tratado-Constitución, habrá nuevos repartos de competencias entre los mismos, correspondiendo, en último término, al Tribunal de Justicia garantizar el respeto del derecho en el ejercicio de dichas competencias, lo que supone reforzar su función de Tribunal Constitucional en la nueva etapa de la integración europea que, a estas alturas, significa ya algo más que una mera integración progresiva de diversos países de Europa.

Lógica del amor y lógica del amo.

Reflexiones sobre una teoría agonal del Derecho *

Fernando de Trazegnies G.

Agradecimiento

Ante todo agradezco muy vivamente a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Francisco de Quito por esta invitación para conversar aquí hoy con ustedes sobre temas que creo que nos apasionan de todos. Utilizando una frase que Jorge Luis Borges me dijo personalmente cuando lo recibí en el Aeropuerto de Lima con motivo de su nombramiento como Doctor Honoris Causa de mi Universidad, creo que esta invitación obedece a un generoso error respecto de mi persona. No me siento capaz de decirles nada que ustedes no saben ya. Por consiguiente, les propongo simplemente llevar adelante esta noche un ejercicio de reflexión en conjunto.

Pero ciertamente esta invitación constituye un honor para mí y un gratísimo placer. Debo decir que tengo una particular simpatía por Ecuador y que me siento íntimamente ligado a este país tanto porque he aprendido a comprenderlo y a quererlo como también porque una parte de mis raíces familiares peruanas se hunden en suelo ecuatoriano. He tenido abuelos, muchas generaciones atrás, que han nacido en la Audiencia de Quito. Y uno de ellos, antecesor directo mío, abogado también (lo cual parece ser un mal genético), si bien no nació en estas tierras porque era español de origen, llegó a ser Presidente de la Audiencia de Quito alrededor de 1650 y luego se estableció en el Perú dando origen a la familia de mi madre.

Como pueden ver, mis relaciones con este país y con esta ciudad son muy grandes y entrañables. Por ese motivo, agradezco muy vivamente a la Universidad San Francisco que me haya dado la oportunidad de regresar una vez más a este suelo que siento muy profundamente hermano.

Azares, avatares y gratificaciones intelectuales de una investigación

Circunstancias

En esta ocasión, me gustaría compartir con ustedes la experiencia de una exploración histórica que comenzó accidentalmente y que, sin embargo, me abrió nuevos caminos para una reflexión crítica sobre el Derecho. Quisiera contarles los azares, los avatares y los desarrollos posteriores de una investigación sobre un expediente judicial del S. XVIII en el que una suerte de solitario héroe jurídico lucha contra la injusticia tratando de conseguir judicialmente la libertad de una esclava.

Ante todo, es interesante señalar las circunstancias absolutamente fortuitas en que puede iniciarse una interesante investigación. Me encontraba en Cajamarca, una ciudad de la Sierra peruana, para participar en un Taller de Extensión para jueces y vocales de las Cortes Superiores del Norte del Perú. Cumplidas mis clases, debía regresar a Lima donde me esperaba un compromiso familiar. Sin embargo, dado que en ese entonces los vuelos entre Cajamarca y Lima no eran regulares, el avión no se apareció esa madrugada en los cielos cajamarquinos y no me quedó más remedio que esperar hasta el día siguiente. Regresé frustrado y de bastante mal humor a la ciudad. Con la idea de aplacar mi irritación, algunos de mis colegas me indicaron que Cajamarca tenía un Archivo Departamental que podría ser interesante revisar. Sin embargo, era día feriado y, por tanto, el Archivo se encontraba cerrado. Fui a buscar al Director -y único funcionario- hasta su casa y le pedí que hiciera una excepción y me permitiera la visita. El señor Evelio Gaitán me adujo que tenía también compromisos con su familia para esa mañana. Pero logré convencerlo de que me dejara ingresar al Archivo y me encerrara con llave, solo en ese pequeño ambiente abrumado por estanterías rebosantes de cuadernillos y por rumas de papeles que esperaban a ser clasificados y que se encontraban esparcidas sobre las mesas y en todas partes del suelo. Obviamente, me comprometí a que, como buen amante de los documentos antiguos, trataría los papeles con el mayor cuidado y todo lo dejaría en su lugar. Eran las 9 de la mañana. Pero le advertí al Director del Archivo que cuatro horas más tarde me viniera a abrir la puerta para salir porque indudablemente estaría con un hambre notable y no quería pasar por una crisis de claustrofobia famélica.

Fue una mañana deliciosa, que viví casi sin darme cuenta del tiempo, sumido en los expedientes judiciales y los protocolos notariales. Comprendí entonces la psicología del ratón que, encerrado en su hueco, devora papeles con fruición en forma incontinente. Encontré una gran cantidad de sucesos pintorescos registrados en esas carpetas: discusiones sobre la propiedad del asno que utilizaba en el S. XVIII el cura párroco para trasladarse a asistir a los moribundos, pleitos sobre el uso de las acequias de regadío, inclusive algún juicio discreto de filiación motivado por un pecadillo del Deán de la Catedral. Pero casi al final de la mañana di con un expediente de unas 50 fojas en el que un español pobre demandaba a un comerciante del lugar para que le vendiera su esclava mulata; y la razón que daba para esta exigencia era muy contundente: "se da el caso, señor Corregidor, que ésta su esclava... es mi mujer.

Como es fácil imaginar, cuando llegó el Director del Archivo le pedí que me hiciera una copia fotostática del documento. Lamentablemente, el Archivo no contaba en ese en-

tonces con fotocopidora, los expedientes no podían salir del Archivo y, en todo caso, siendo día feriado, la única fotocopidora abierta al público se encontraba en una tienda de abarrotes, al otro lado de la ciudad, de propiedad de un chino que, además de vender verduras, daba también este servicio todavía escaso en una población de provincia en los años ochenta. Utilizando mi formación jurídica en la forma más perversa, convencí al simpático Director que él era el Archivo y que mientras él tuviera en sus manos el documento, éste no había salido del Archivo. Fue así como caminamos juntos hasta el local del chino, con el documento en la mano del Director que en ese momento era el Archivo mismo; y fue el Director del Archivo el único que manipuló el expediente para el fotocopiado.

Con el tesoro de esas fotocopias en mi poder, regresé el día siguiente a Lima y me puse a trabajar en la paleografía.

El expediente

Los hechos del caso

Me gustaría contarles lo que contenía ese expediente y para ello debemos comenzar por los hechos del caso.

El demandante del fascinante juicio era Ciriaco de Urtecho quien reclamaba a Juan de Dios Cáceres que le venda su esclava mulata, aduciendo que él era el marido de ella y que quería comprarla para ahorrarla, es decir, para liberarla de la esclavitud y así llevar una vida familiar normal.

En las declaraciones que constan en los escritos presentados por las partes, podemos conocer que Dionisia fue originalmente vendida por don Bernabé Masferrer a don Pablo de Gracia y Loris, cuando tenía solamente nueve años de edad. En la escritura correspondiente se declara que la esclava está libre de empeño, obligación o hipoteca y que no tiene tachas ni buenas ni malas ni enfermedades públicas o secretas, salvo gotacoral o mal de corazón, que es como entonces se llamaba a la epilepsia. En realidad, don Pablo la adquiere para darla inmediatamente como regalo de matrimonio a su hermana Jerónima al casarse ésta con Juan de Dios Cáceres.

Mucho tiempo después, cuando la esclava tiene ya treinta años de edad, ella contrae matrimonio a su vez con Ciriaco de Urtecho, un criollo libre pero probablemente escaso de recursos. Y la familia propietaria de la esclava le permite al marido vivir en la casa, en las dependencias de los sirvientes, para que pueda estar al lado de su esposa. Ciriaco dirá después en el juicio que es debido a su obligación matrimonial que se sacrifica, sujetándose él mismo a la esclavitud que afectaba sólo a ella.

Sin embargo, declara Ciriaco, como la esclavitud es insoportable para quien es de naturaleza libre y ha nacido con ese privilegio, se apartó por un tiempo de su mujer para ir a trabajar en las minas de plata de Hualgayoc donde, pasando las mayores indigencias que son decibles, logra reunir 170 pesos con los que desciende a Cajamarca y le propone a don Juan de Dios Cáceres que le venda a Dionisia por ese precio. Ella tiene para entonces 37 años y ha estado casada durante 7 años con Ciriaco.

El amo de la esclava se niega y, aparentemente, en algún momento de las conversaciones le pide 500 pesos como precio de Dionisia, suma que Ciriaco rechaza. Es en estas

circunstancias que Ciriaco busca probablemente un abogado y da inicio al proceso judicial.

El proceso

Notemos que el proceso se desarrolla propiamente entre dos familias: la familia Urtecho-Masferrer, es decir, el demandante y su esclava esposa, de un lado; la familia Cáceres-Gracia, es decir, la verdadera propietaria de la esclava y su marido, de la otra. La familia Urtecho-Masferrer, que pudiéramos llamar familia dominada, trata de consolidar su unión familiar adquiriendo la independencia para su hogar, lo que resulta imposible con la esclavitud de la mujer, motivo por el cual pretende la supresión del estado esclavo. La familia Cáceres-Gracia, que representa la familia dominante, quiere mantener su forma de vida familiar, la organización de su hogar basada en el trabajo esclavo. Planteadas así las cosas, en el fondo el papel protagonista de la acción debería haber correspondido a las dos mujeres: el ama y su esclava. Sin embargo, las mujeres están ausentes del juicio: son únicamente los hombres que hablan por ellas, reconociéndoles su representación como Marido y conjunta Persona. Las mujeres, aun cuando están presentes en toda la parte sustantiva de la discusión, son invisibles procesalmente.

Esta ausencia femenina en el proceso se explica de alguna manera por el contexto legal y cultural de la época, en la que los derechos los ejerce siempre el marido y, por consiguiente, tiene éste también la obligación de defenderlos directamente. Pero en el caso de Ciriaco hay una consideración táctica adicional muy importante que se suma a las razones tradicionales para que sea él quien asuma el impulso de la acción. Una esclava -o un esclavo, no importa el sexo- no hubiera podido por sí misma demandar a su amo para pagarle una suma de dinero a cambio de su libertad. Parece ser que en el S. XIX hay algunos casos en tal sentido. Pero a fines del S. XVIII todavía se pensaba que si se permitiera tal procedimiento, la institución quedaría severamente afectada. El esclavo podía exigir judicialmente que se le vendiera a otro amo por sufrir demasiados maltratos con el actual; o también para que se le reúna con su cónyuge igualmente esclavo pero perteneciente a otro amo. Pero de ninguna manera el esclavo podía obligar al amo a aceptar una suma de dinero a cambio de su libertad. En cambio, la situación de Ciriaco era fundamentalmente distinta. De un lado, no siendo esclavo, no había impedimento para que intentara comprar a una esclava como cualquier tercero. El problema es, como se verá a continuación, si podía forzar judicialmente tal venta a un dueño que no quisiera vender. Pero nada le impedía, en principio, adquirir a la esclava y después liberarla. Por otra parte, Ciriaco podía apoyarse de todas maneras en las disposiciones que protegían la unidad de la familia y alegar que quería comprar a su esposa para permitir la reunión del hogar, como sucedía en los casos de matrimonios de esclavos con distintos amos; no era relevante desde este punto de vista el hecho de que él mismo no fuera esclavo. Por último, ya no con la legitimidad del propio afectado pero sí con la legitimidad del marido, podía también sostener que Dionisia recibía maltratos y que por tanto, había que entregarla a otro amo. Por consiguiente, la opción de que litigara el marido libre y no la propia esclava correspondía jurídicamente a una estrategia bien fundada.

Sin embargo, pese a ello, llama la atención la absoluta mudez de Dionisia, siendo ella el centro de toda la discusión. Si bien había buenas razones jurídicas para que no participara como litigante, es impresionante que nunca se escuche su voz en el expediente. Todos hablan de ella, todos le atribuyen conductas y sentimientos. Ciriaco dice que está sometida a duros maltratos y que ella no puede soportar más la esclavitud. Cáceres responde que la esclava está muy contenta en su casa, que vive con ellos desde hace treinta años y que la quieren como a una hija. Pero nadie la hace hablar a ella misma, nadie la cita como testigo, el juez no la llama para preguntarle si efectivamente quiere ser comprada por Ciriaco y si efectivamente está descontenta con el trato que recibe. Resulta paradójico que la naturaleza ambigua de la esclavitud —donde el esclavo se encuentra jurídicamente entre la persona y la cosa— haga que incluso en un juicio en el que se busca su libertad, la esclava sea tratada de alguna manera como una cosa. Es solamente cuando Ciriaco aduce que está enferma para efectos de reducir el precio de compra, que el Juez la hace comparecer para preguntarle si eso es verdad; y ante la respuesta afirmativa, ordena un peritaje por un cirujano. Pero es solamente este atisbo fugaz que realiza en el proceso esa esclava que, en verdad, está en el centro del pleito.

Ciriaco cuenta sin duda con un abogado litigante bastante hábil, porque lleva muy cuidadosamente su proceso. Lo primero que hace, antes de plantear la demanda, es pedir una exhibición de la escritura por la cual el hermano de la actual dueña compró la esclava hace treinta años. Este pedido lo plantea como una prueba anticipada, para los efectos de saber cuánto costó originalmente la esclava. Es por ello que a continuación interpondrá la demanda ofreciendo precisamente ese precio e incluso consigna ante el juez la suma correspondiente.

Las lógicas que siguen demandante y demandado en el juicio son radicalmente distintas: una es la lógica del amor y la otra la del amo. Ciriaco se apoya más en lo emocional y trata de movilizar en el juez los valores de la compasión, de la unidad de la familia y del amor mutuo entre cónyuges. Por su parte Cáceres insiste en la existencia legal de la esclavitud y en los derechos del amo que no pueden ser conculcados. Critica los planteamientos de Ciriaco afirmando que no obedecen a Derecho sino a meros impulsos; y llega a calificar los argumentos en favor de la libertad de la esclava como meros lamentos carentes de base racional. Ciriaco insiste en que el derecho de rescate es universal y que, aún frente a los moros y paganos, es posible plantear un rescate en dinero de los prisioneros; ¡con cuánta mayor razón esto debe aplicarse entre cristianos! Cáceres, por su parte, le responde que está totalmente confundido porque en este caso no hay prisioneros, no hay cautivos, sino esclavos legalmente establecidos y que, por tanto, no se puede hablar de rescate. E incluso agrega que el Derecho Natural en el que pretende basarse tal rescate es un remedio contra las injusticias de los infieles, pero que no puede utilizarse contra el orden jurídico español que es un orden cristiano y que, por consiguiente, se basa por sí mismo en el Derecho Natural sin que quepa oponerle otras interpretaciones.

La discusión judicial por momentos se torna bastante agria, llegando hasta los insultos. Ciriaco califica los razonamientos de Cáceres como ideas hidrópicas; y Cáceres di-

ce que sólo un sujeto sin sesos o que tenga las especies desparramados por ellos en tanto grado que jamás las pueda combinar es capaz de pretender desvarío semejante y agrega que es una osadía calificar de requisitos legales a los tres disparos que Ciriaco manda como argumentos.

Cáceres comprende perfectamente que Ciriaco lo está llevando a presentar las cosas como una confrontación entre los valores de familia y de propiedad; y sabe que la protección de la Iglesia a la familia puede conducirlo por este camino a perder el juicio, pese a sus derechos legales sobre la esclava. Pero, dado que tiene enfrente a un juez civil, no a un juez religioso, acentúa la defensa de la propiedad como elemento medular de la sociedad y, por último, afirma que esclavitud y familia no son incompatibles: se puede llevar una vida familiar adecuada aun siendo esclavo, alega Cáceres, como lo prueba la época en que Dionisia y Ciriaco residieron conyugalmente en su casa.

Un elemento interesante dentro de la discusión es el papel que juega el elemento del maltrato personal. Ciriaco se cuida mucho de no enfatizarlo en sus primeros escritos. Al principio del proceso no aduce la sevicia a la que se referirá sólo después. Incluso podría pensarse que en los primeros escritos no quiere decir nada que pudiera ofender al amo, nada que llevara a encolerizarle, como pudiera haber sido afirmar un maltrato que no ha existido. Porque en toda la primera parte del juicio parecería que Ciriaco está tratando de convencer a Cáceres —antes que al Juez— para que le venda la esclava. Es sólo cuando llega a la convicción de que Cáceres no le venderá motu proprio la esclava a un precio razonable y que precisamente Cáceres se defiende diciendo que el único argumento admisible por el Derecho que lo puede obligar a vender es la sevicia, es sólo entonces que Ciriaco comienza a aducir tal sevicia y habla de maltratos intolerables. Sin embargo, da la impresión de que tales argumentos postreros estuvieran motivados en objetivos tácticos antes que en hechos reales: a través de los diferentes textos se percibe que el maltrato no ha existido verdaderamente y que con bastante probabilidad Dionisia debió haber sido una esclava mimada. Pero eso hace precisamente más interesante el juicio. Porque no estamos aquí ante el conflicto caricaturesco entre un amo brutal y una pobre esclava oprimida y accidentada. Estamos, más bien, ante un hecho de la vida de todos los días, que no presenta ninguna ignominiosa espectacularidad basada en un repulsivo daño físico sino que, por el contrario, se da dentro de un marco bastante paternalista, en el que el afecto se transforma en una cadena.

En general, a fines del S. XVIII la esclavitud no es en el Perú un estado de opresión material y de tormento físico sino de falta de libertad personal. El amo del Virreynato tardío es una persona que utiliza al esclavo desde dos puntos de vista: de un lado, es un bien productor de servicios, bastantepreciado y costoso, que es preciso conservar como quien mantiene siempre a punto una máquina fina, para evitar los efectos económicos negativos que se derivarían de su pérdida o de su deterioro; de otro lado, el esclavo es un signo de status y, por consiguiente, según como la gente vea al esclavo apreciará la riqueza y la bonhomía del amo, de ahí que haya que vestirlos muy bien y mantenerlos con buen talento. Por otra parte, reducida al mínimo la tensión que resulta de la hostilidad física, ocurren muchas veces relacio-

nes afectivas, particularmente entre el ama y la esclava de confianza.

En ese sentido, parafraseando a Foucault, podríamos decir que, en la época a la que nos referimos, la esclavitud antes que un arte pérfido de las sensaciones insoportables donde el esclavo es sometido a los peores castigos y no tiene recurso alguno contra el amo, es más bien una economía de derechos limitados. El esclavo no es una mera cosa, no es jurídicamente un mero objeto en el sentido pleno del término. En realidad, no deja de ser una persona humana con derechos y obligaciones; sólo que tiene obligaciones muy vinculantes, mientras que sus derechos son muy débiles. Pero esos derechos, aunque tenues, son los que permitirán un uso estratégico del Derecho para luchar contra la dominación de la que es víctima, conforme lo mencionaré más adelante.

El amo, Juan de Dios Cáceres, comete un error garrafal en la conducción del proceso; error del cual no podrá redimirse en el resto del juicio a pesar de todos sus esfuerzos procesales y finalmente lo conducirá a la derrota.

Este error consiste en que, en la contestación de la demanda, Cáceres discute el pretendido derecho de Ciriaco de rescatar a su mujer, pero agrega que estaría dispuesto a vender a la esclava si le ofrecieran un precio justo; porque el precio que le ha propuesto Ciriaco es el que tuvo treinta años atrás y no puede ser ya aplicable en ese momento.

Con relación a la variación del precio actual respecto del precio de compra, surgen todavía algunas escaramuzas de interpretación sobre lo que significa económicamente el tiempo transcurrido. Según Ciriaco, la mujer —su mujer— a quien pretende comprar es ahora una vieja de treinta y siete años, llena de achaques y ya no sirve como vientre (recordemos que la esclavitud se transmite por la mujer, por lo que el vientre tiene un valor económico importante por la capacidad de producir más esclavos para el amo). Prácticamente, dice Ciriaco que la quiere liberar para acompañarla a mejor morir y darle una digna sepultura. En cambio, según Cáceres, el amo, los treinta años vividos en su casa le han dado un mayor valor porque el ama le ha enseñado a coser, a zurcir, a bordar y a cocinar, todo lo cual representa cualidades adicionales que antes no tenía y que deben tomarse en cuenta para la determinación del precio. Pero Juan de Dios Cáceres señala que, en todo caso, debe nombrarse un perito tasador y hasta propone el nombre de uno.

El juez, siendo un aristócrata —es el Conde de Valdemar— parece ver con más simpatía al criollo pobre que al comerciante. Por eso aprovecha esta declaración de Cáceres y sostiene que hay acuerdo sobre la venta y que lo único que está en discusión es el precio; en consecuencia, la solución está en nombrar peritos tasadores. Como se puede ver, con esto Ciriaco tiene prácticamente ganada la libertad de su mujer.

Cáceres se da cuenta en ese momento del error que ha cometido y comprende que si no hubiera presentado alegato alguno sobre el precio, el juez no hubiera podido obligarlo a la venta; porque nadie puede ser obligado a vender su propiedad contra su voluntad. Pero Cáceres había expresado, sin reparar mucho en ello, su voluntad de vender. De lo que sigue del expediente, da la impresión de que Cáceres cambia de abogado al advertir el error estratégico. Aún cuando los nombres de los abogados que asesoran a las partes no aparecen en ningún escrito ni diligencia, no cabe du-

da de que ambas tienen un abogado que las orienta. La estrategia de la defensa —y hasta la caligrafía de los escritos— de Cáceres cambia radicalmente a partir de entonces. La defensa de Cáceres intenta por todos los medios retractarse de esa aceptación de vender a la esclava. Pero todos sus esfuerzos son en vano: el juez ha tomado esa expresión de voluntad como piedra angular del pleito.

Ya sobre una base más fuerte, Ciriaco pide al juez que previamente a la tasación económica de su mujer, se le haga un peritaje médico porque ella está tan enferma que su precio debe disminuir por ese motivo. El juez ordena el peritaje pero, como en Cajamarca no hay propiamente médicos, nombra perito al Cirujano Mayor del Regimiento. Como se sabe, estos cirujanos o barberos eran el equivalente del actual enfermero; pero, por otra parte, el cargo era desempeñado muchas veces por un esclavo liberado. No he podido confirmar la condición social del cirujano perito, pero no cabe la menor duda de que su espíritu estaba más cerca de Ciriaco y Dionisia que del próspero Cáceres.

Quizá sea por ello, en un afán de ayudar a la pareja, que el dictamen señala que el estado de salud de Dionisia es verdaderamente calamitoso. Según lo que dice el cirujano, Dionisia presenta la más extraordinaria combinación de enfermedades que configuran un cuadro insólito: la esclava tiene artritis en las cuatro extremidades, presenta problemas con los humores crudos (posiblemente problemas digestivos) y también con los humores flemáticos (posiblemente tuberculosis), tiene sífilis convulsiva, está en proceso de parálisis, sus nervios están afectados por una suerte de tétanos y su respiración llegará a detenerse produciéndole esto la muerte. Para completar gráficamente la imagen de la pobre Dionisia que da el cirujano, es interesante leer las descripciones de época respecto de los que sufren de emprostétanos, que es el tipo de tétanos que le fue diagnosticado en el dictamen. Se dice en tales descripciones de los Tratados de Medicina del S. XVIII que esa enfermedad dobla el cuerpo en la parte superior obligando a hundir la barbilla en el pecho; además produce un rictus en los labios siempre estirados y entreabiertos, como si la persona sonriera malignamente, un rechinar de dientes, una ronquera y un murmullo como de risa sardónica que hacía que la gente los creyera endemoniados a los afectados por esta terrible enfermedad.

El juez ordena que Cáceres nombre perito tasador para que, conjuntamente con el nombrado por Ciriaco, procedan a fijar el precio. Cáceres debe haber sido un hombre prepotente porque cuando el Escribano del Juzgado le lleva la notificación responde a gritos —a viva voz, se señala en el expediente— que no cumplirá la orden. Después se da cuenta de que sigue incurriendo en errores que lo malquistan con la justicia y pide disculpas al juez, indicándole que no quiso decir que se resistía a la autoridad sino que apelaba. El juez no hace caso tampoco de la apelación y, en vista de que Cáceres no ha nombrado tasador, nombra uno por la Real Justicia.

Los tasadores proceden a la valuación de la esclava a su leal saber y entender y establecen que 170 pesos como ofrecía Ciriaco era muy poco pero 500 pesos como pedía Cáceres era mucho, por lo que determinan que el precio es de 350 pesos. Es interesante señalar que este precio es aparentemente el normal para una esclava sana de esa edad en Cajamarca en esa época.

Finalmente, Ciriaco consigna ante el juez la diferencia de precio entre la suma fijada por los tasadores y la cantidad de 170 pesos que había entregado al iniciar el juicio y el juez, haciendo caso omiso de las protestas de Cáceres, ordena que éste otorgue la escritura de ahorro o liberación de la esclavitud. Aquí también es interesante ver que el juez no ordena la venta de Dionisia a Ciriaco sino directamente su liberación, que es una figura jurídica distinta.

Juan de Dios Cáceres presentará todavía al Corregidor de Cajamarca un pedido de apelación ante la Real Audiencia de Lima. Sin embargo, después de una búsqueda minuciosa que he efectuado en los archivos de la Real Audiencia -que se encuentran bastante completos- puedo decir que esa apelación nunca tuvo curso. Probablemente, dados los costos que representaba la apelación y el hecho de litigar en Lima donde había que contratar abogados caros, el dueño de la esclava decidió resignarse a aceptar la suma que los tasadores habían establecido por ella y que Ciriaco había pagado.

Hacia una teoría agonal del derecho

Creo que la historia de Dionisia y Ciriaco puede ayudarnos a comprender mejor la naturaleza dinámica y polémica del Derecho y las posibilidades que tal naturaleza ofrece a la defensa de intereses y valores que pueden no ser los dominantes en una sociedad.

Tanto un cierto positivismo pop como el marxismo han sostenido, aun cuando por diferentes razones, que el Derecho no es sino la expresión de la voluntad del gobernante.

Para el positivismo, el Derecho es simplemente la aplicación de la ley; y en la ley están resueltos de antemano todos los conflictos, de manera que el uso cotidiano del Derecho no consiste sino en pasar esta plantilla pre-establecida al caso concreto. Las discusiones sobre valores, los conflictos de intereses, las opciones ideológicas distintas, tienen una cierta presencia en la formación de la ley. Pero, dice el positivismo, la aplicación de la ley -que es el dominio propio de los juristas- es aséptica y solamente implica una metodología de traslado de lo general a lo particular.

A su vez, para el marxismo el Derecho no es sino la expresión de voluntad de la clase dominante. Por consiguiente, poca importancia tienen las discusiones a nivel de aplicación de la ley dado que todo ha sido decidido por la clase dominante al crear la ley misma. De esta manera, el Derecho no es sino el instrumento de afirmación de una dominación monolítica que no admite fisuras ni remodelaciones: la guerra entre los intereses sociales discrepantes se produce únicamente al nivel de la Política y busca la captura del Poder para desde ahí conducir forzosamente todos los procesos sociales de acuerdo a esa clase dominante que ha logrado conquistar el poder de hacer las leyes.

Desde estos puntos de vista, el Derecho sería sólo un juego de espejos que reproduce hasta el infinito la Gran Dominación: detrás de cada una de las formas terminales del poder -es decir, la sentencia judicial, la decisión administrativa, etc.- existiría un enfrentamiento político primigenio definitivamente resuelto entre bastidores, cuyos resultados se expresan a través de la norma y son minuciosamente repetidos en cascada en todas las relaciones sociales por los distintos niveles del orden jurídico. El enfrentamiento extra-

jurídico original arrojaría un Gran Ganador que impone vertical y mecánicamente sus dictados y cuyo brazo armado es la ley.

Sin embargo, la historia de Ciriaco y Dionisia, con sus angustias y sufrimientos, sus esperanzas temblorosas, sus alegrías inéditas ante la decisión del Corregidor, nos demuestra que el Derecho ofrece más posibilidades para hacer triunfar la justicia que lo que reconoce el cuadro depresivo pintado por el positivismo y por el marxismo. En el proceso judicial iniciado por Ciriaco advertimos que el Derecho tiene -según la feliz frase de Hart- una textura abierta y que cada uso del Derecho implica una retotalización de sentidos en la que el sentido original que tuvo la ley se combina con los sentidos nuevos que surgen de cada enfrentamiento de poderes con motivo de su aplicación. El Derecho se presenta así a todos sus niveles como una lid, como un campo de confrontación de los intereses y poderes sociales, en los que la competencia individual y la lucha social continúan. Lejos de ser un mundo cosificado de antemano por la ley, se nos muestra como una conjugación muy dinámica y siempre inestable de intereses y valores.

De ahí que la gesta judicial de Dionisia y Ciriaco nos permita formular un modelo distinto del Derecho, un modelo dinámico y agonal, es decir, basado en el combate: el Derecho no sería así la aplicación de un silogismo matemático intemporal sino una guerra reglamentada en la que los poderes están continuamente expresándose, enfrentándose y combinándose. Lejos de una abstracción racionalista a-histórica, basada en la aplicación ineludible de un sistema abstracto, el Derecho tendría que ser entendido como un producto de la historia, como el resultado de las victorias, transacciones y armisticios que resultan de esos conflictos de poderes; pero esos resultados vuelven a ingresar a la historia porque son nuevamente cuestionados por los conflictos posteriores.

En esta forma, el Derecho no es una ciencia en el sentido riguroso y duro del término, ni del tipo natural ni del tipo matemático, no encuentra las soluciones ya dadas en la naturaleza ni tampoco parte de axiomas y postulados que son aplicados silogísticamente, sino es más bien un arte que recrea la verdad en cada caso, que compone -con ayuda de la ley, por cierto- una solución siempre nueva, como que un músico que, respetando las reglas de la armonía y con ayuda de ellas, compone, crea una pieza musical. Por eso el Derecho es más un arte -o quizá un juego- antes que una ciencia. Pero es un arte polémico, un juego competitivo, que se desarrolla mediante la confrontación de razones y de puntos de vista. Por eso el Derecho no sólo es un proceso artístico, con todo lo de creación y de invención que el arte implica, sino que, más precisamente, puede ser calificado como un arte marcial del espíritu.

Esa teoría agonal y dinámica del Derecho tendría que distinguir entre las reglas del juego y el juego mismo. Las reglas son las normas de diferentes jerarquías que constituyen el Derecho textual. Pero cada actor social desarrolla su propio juego, pone en marcha sus propios planes de acción, elabora estrategias y tácticas que, sin infringir las reglas, replantean los juegos de poder dentro de la sociedad. En esta forma, el Derecho se presenta como un conjunto de campos de batalla a diferentes niveles, como una multiplicidad de relaciones de fuerzas, cada una de las cuales tiene pedesta-

les móviles, locales e inestables. El poder está siempre presente en el Derecho; pero no exclusivamente el Poder con mayúscula, no el poder bajo una forma primigenia de dominación, sino como algo que se está produciendo a cada instante, en todos los puntos del medio social: el Derecho entendido de esta manera está siempre en ebullición, es un campo burbujeante donde continuamente nacen y desaparecen esferas de poder.

El Derecho es siempre interpretado y reinterpretado una y otra vez en función de nuevos fines: las normas son leídas siempre de una forma novedosa, transformadas y redireccionadas. Cada nueva situación activa representa una nueva interpretación del material anterior para adaptarlo a los nuevos fines y propósitos, para darle la significación que corresponde a los nuevos valores e intereses que quieren utilizarla. Es por ello que la historia de una norma o de una institución jurídica es una cadena de interpretaciones y de adaptaciones. Toda interpretación es una transfiguración. La vida del Derecho -como quizá todo en la vida a secas- es fundamentalmente una contienda, una competencia, un conflicto de valores y una lucha por la interpretación de los ideales y de las ideas de acuerdo a los fines que se proponen como nuevos a cada instante.

Es evidente que estos enfrentamientos locales de poder jurídico no son independientes unos de otros: el Derecho se construye como una jerarquía de niveles o planos, en la que los niveles superiores gravitan decididamente sobre los niveles inferiores; la ley establece el campo de juego del juez y de los litigantes y, a su vez, la Constitución enmarca las posibilidades de acción de los legisladores. Pero cada uno de estos niveles de enfrentamiento de poderes no produce resultados monolíticos, no cierra definitivamente el debate, sino que simplemente plantea pies forzados para los juegos de fuerza que se desarrollarán en los niveles inferiores. El Derecho teje primero una malla básica que regula las formas aceptables de comunicación a fin de que esta sea productiva: éste es el papel de la ley.

Pero el Derecho es más que las leyes, de la misma manera como el juego de ajedrez es bastante más que sus reglas: el Derecho está formado por las leyes, pero además por las conductas, los razonamientos, los convenios, los esfuerzos recíprocos de persuasión y un sinnúmero de otras comunicaciones. Si admitimos esta naturaleza efervescente de las relaciones jurídicas, el Derecho puede ser mejor definido como un espacio con ciertas características para albergar cosas antes que como un conjunto de cosas jurídicas, sean éstas leyes, instituciones, etc. El Derecho es más bien un espacio y un método para resolver no disruptivamente los conflictos de poder.

Debe advertirse también que, si bien hay reglas para esa transformación continua del sistema mismo (la ley sólo puede ser modificada por otra ley, las interpretaciones siguen pautas racionales, etc.), nada es firme en el Derecho: todo dura lo que las personas quieren que dure, dura el tiempo que las personas consideran todavía útil o aceptable esa ley, esa conducta, ese argumento.

Sin embargo, es muy importante tener en cuenta que el orden no es el resultado de una imposición superior: surge de la propia interacción de los agentes sociales. Este orden se crea a nivel de la sociedad civil como una auto-organización indispensable para la vida. La auto-organización se

produce al nivel de la sociedad civil porque la razón y no la coerción es el elemento ordenador fundamental. La propia coerción está fundada en la razón, como lo había visto Hobbes; y a su vez está puesta al servicio de la libertad. Es esta auto-organización horizontal la que, en ciertos casos, requiere un Estado que aplique colectivamente la coerción para preservar el orden; no es, pues, el Estado quien crea el Derecho sino la sociedad civil la que crea el Derecho y el Estado.

De esta manera, la construcción horizontal de esta malla de relaciones permite sobrepasar la idea de Estado, que era indispensable como productor y asegurador del Derecho dentro del modelo político tradicional. Esto explica mejor la operatividad del Derecho consuetudinario, que no requiere el apoyo de una coerción estatal porque tiene sus propios medios de hacer cumplir sus prescripciones. Y es por ello también que resulta comprensible el Derecho Internacional sin tener que inventar un Super Estado por encima de las naciones: hay Derecho aunque no haya autoridad ni sanción superior, en la medida en que se formulan propuestas de acuerdo a reglas establecidas por la costumbre y se logran consensos. Y todo ello no es un Derecho imperfecto como lo ha afirmado en ocasiones el positivismo sino un verdadero Derecho, en el que el modelo agonal se cumple perfectamente: la obligatoriedad se sustenta en el acuerdo entre los Estados. Mientras ese acuerdo se mantenga, es posible invocarlo para resolver un sinnúmero de controversias que caen dentro de su marco conceptual; cuando el consenso sobre esos principios comunes se pierde, regresamos al estado de naturaleza y será preciso emprender la tarea difícil de buscar un nuevo acuerdo a fin de restablecer el Derecho.

El Derecho no es, entonces, un dato sino una operación, no está previamente establecido en un nivel que lo trasciende sino que se constituye en la medida en que se lo utiliza, no está hecho sino que se presenta a sí mismo haciéndose en una multiplicidad de focos locales de enfrentamiento. El Derecho constituye así una suerte de guerra reglamentada en la que se dan múltiples combates de diversa importancia, que arrojan victorias con un mayor o menor alcance significativo dentro del orden social. Pero las conquistas obtenidas son nuevamente dialectizadas por los combatientes posteriores; y muchas veces los combates no terminan con una victoria impecable sino con una forma de armisticio que incorpora intereses de vencedores y vencidos, los que serán aprovechados en los combates posteriores. Considero que el Derecho no es la expresión de un sujeto histórico oculto que, como un titiritero, maneja desde atrás y desde arriba los hilos jurídicos que mueven a las marionetas sociales. Prueba de ello es que en plena época del positivismo jurídico, cuando se exige un respeto absoluto a la ley y una aplicación estricta de sus normas que pretenden no dejar lugar a la interpretación, se desarrolla en el Perú por vía jurisprudencial el nuevo Derecho del Trabajo: los empleados y obreros peruanos, ayudados por ciertos abogados, litigaron afanosamente y consiguieron conquistas sociales que la ley no preveía.

Todo ello nos lleva a pensar que el Derecho es más palabra que escritura, es más un razonamiento vivo que un Código inmovilizado, es un discurso que se rehace continuamente antes que un libretto muerto que se repite monótonamente. La ciencia tradicional del Derecho -y con esta

expresión me refiero a la Dogmática- ha colocado el acento en el estudio de las estructuras, sin tener en cuenta a los hombres que las crean y las usan, a la libertad individual que se cuele por todo resquicio y origina cada vez que puede una lucha política. La llamada ciencia del Derecho ha enfatizado las formas, la arquitectura de las normas, como si se tratara de un paisaje absolutamente detallado y perfectamente obligatorio que se identifica con el universo para los fines jurídicos. Ha olvidado a los hombres que utilizan estas estructuras formales, a los jugadores que juegan el juego del Derecho inventando modalidades y estrategias.

Cada hombre que entra en relación con el Derecho encuentra ante sí los resultados de las batallas anteriores -rendiciones incondicionales, armisticios, transacciones- convertidos en elementos formales. Cada hombre que usa el Derecho se encuentra frente a sí con numerosos objetos normativos cuya existencia no puede negar: teorías, normas, intereses, doctrinas legales. En principio, se encuentra condicionado por todos ellos. Pero esas condiciones que no pueden ser negadas, son sin embargo combinadas, utilizadas, cargadas de nuevos sentidos, por cada jugador de ese juego serio que es el Derecho.

Ahora bien, el espíritu humano no persigue solamente manipular cosas e ideas para colocarlas al servicio de intereses episódicos, sino que además va desarrollando paralelamente un trabajo teórico (en el sentido más amplio del término) de creación de totalidades significativas: la actividad humana se piensa a sí misma y se organiza en totalidades estructuradas sobre la base de establecer una cierta unidad de sentido. La Filosofía del Derecho recoge en cada ocasión los elementos heterogéneos que le presenta la realidad (teorías anteriores, normas legales, prácticas jurídicas, realidad social) y les otorga una nueva unidad de sentido. Estos elementos no constituyen, entonces, sino materiales de construcción al servicio de la reflexión teórica. Pero como estos elementos no han surgido de la nada sino que son los des-

pojos de destrucciones de totalidades anteriores, de alguna forma presentan su propia inercia y su propio dinamismo: favorecen ciertos aspectos del nuevo proyecto totalizador y frustran o retardan otros. La Filosofía del Derecho es, entonces, la expresión de una historia de las ideas jurídico-sociales que se realiza a través de un complejo proceso dialéctico de totalizaciones y retotalizaciones en el que se integra la reflexión pasada con los proyectos actuales, los ideales con los intereses, las leyes con los hechos, el ser con el deber ser. El proceso del filosofar jurídico es una suerte de bricolage: utiliza elementos sobrantes, desperdicios o restos de demoliciones de otras edificaciones teóricas para construir con ellos un nuevo objeto conceptual que a su vez será demolido posteriormente y sus partes utilizadas en otras teorías; y así sucesivamente.

Agradezco a todos los asistentes por su paciencia para escuchar estas disquisiciones -quizá un tanto extravagantes- que perciben al Derecho como una contienda, pero no una guerra destructiva sino una colaboración competitiva, una contienda que no mata sino que, por el contrario, es la expresión de la vida, una competencia razonada y civilizada que enriquece a todos los actores sociales en la medida que estimula a cada uno a desarrollar al máximo lo mejor de sí mismo para superar al otro, de manera que los enfrentamientos interindividuales hagan que los valores, los puntos de vista y los intereses se incrementen y enriquezcan unos a otros y luego se equilibren dinámicamente a fin de lograr en la sociedad no la tranquilidad inerte de los cementerios sino la estabilidad movizada y siempre creativa de esa ebullición y efervescencia que son las manifestaciones de la vida.

Quito, 9 Septiembre del 2002.

(*) conferencia pronunciada en la Universidad San Francisco de Quito

USFQ-BIBLIOTECA

El daño ambiental

Álvaro Román

Introducción

Después de la Segunda Guerra Mundial, específicamente en el año 1972 se inicia un interés por tutelar el medio ambiente, en razón del desarrollo tecnológico científico que como consecuencia mejora la calidad de vida del ser humano.

Al investigar sobre el medio ambiente en la Constitución ecuatoriana, las disposiciones y el enfrentamiento que existe con el desarrollo sustentable y la búsqueda del nivel de vida digno, hace que las normas constitucionales deban ser a más de declarativas, eficaces, por lo que el legislador ha desarrollado leyes que tienen íntima relación con este tema y una de ellas es que ha descrito conductas en el Código Penal, que se tipifican en delitos y contravenciones, manteniendo en forma coherente la posición teórica kelnesiana de buscar la eficacia a través de la coacción.

Pero debemos buscar la eficacia en que el destinatario de la norma la cumpla para que el beneficiario de la misma tenga la realidad de que sus derechos serán respetados. En el caso de incumplimiento buscar las acciones en la calidad de ciudadanos, en una democracia participativa, para realizar el control y defender la vida digna.

Esa defensa nos hace desarrollar el concepto de ambiente o de medio ambiente en relación con el derecho, para llegar al bien jurídico que protege el mismo y así determinar cuando existe el daño ambiental.

Además, al momento que existe el daño, se ha determinado que hay responsabilidades subjetivas como objetivas, cada una se ha explicado en forma muy breve; lo que podemos sacar de conclusión es que tomando en cuenta la actividad, existe riesgo, por lo que la doctrina y la legislación son proclives para que exista responsabilidad objetiva.

En el presente trabajo en forma muy breve se ha expuesto un reporte realizado por Acción Ecológica, como motivo de la investigación de las fumigaciones que se realizan en la zona del Putumayo, conforme al Plan Colombia, existiendo ya daños al medio ambiente, a la salud, afectando la economía de sus habitantes.

Antecedentes

Antes de la Segunda Guerra Mundial, los científicos ya advirtieron sobre los problemas que ocasionaría el desarrollo, pero éstos no fueron escuchados; solamente cuando el desarrollo incontrolable y la explotación sin ningún límite existente de los recursos naturales se presentaron, nace en los años setenta un nuevo paradigma, la preocupación ambientalista, en que los poderes públicos y toda la sociedad debe coadyuvar para preservar los recursos naturales que la

propia humanidad ha puesto en peligro, con riesgo, además, de colapsar el consumo y provocar un retroceso sin solución y progresivo, de las sociedades montadas sobre ese abuso.

Además, del agotamiento de los recursos naturales, las consecuencias indeseables del desarrollo económico incontrolado menoscaban las condiciones de vida, ha convertido en un problema de índole político, en el cual en las instituciones estatales y no estatales se han incluido a las políticas públicas, nuevos intereses emergentes, entre ellos el ambiental.

Es por ello que en los ordenamientos jurídicos junto con otros intereses, también protegido por el Derecho, el ambiente o medio ambiente es objeto de protección jurídica. La respuesta de los países dentro de sus sistemas jurídicos no es uniforme, existe mayor intensidad y eficacia en unos, más que en otros, lo que provoca diferencias de las legislaciones nacionales, dejando una gran discrecionalidad a los estados en esa materia.

La pregunta que hay que plantearse es la siguiente: ¿Por qué existe esta libertad de toma de decisiones por parte del Estado?, por cuanto existe un dilema que es la protección ambiental y el progreso económico. La protección ambiental, como lo habíamos señalado, ha ingresado en las políticas públicas, siendo por ello instrumentos jurídico-políticos para hacer frente a los problemas ambientales; es por ello que podemos observar en nuestra Constitución, las limitaciones de la libertad individual para disponer de los recursos naturales, modificaciones de las pautas de crecimiento económico para lograr el llamado desarrollo sustentable, además de sustituir tecnologías actuales muy contaminantes, por otra más limpias.

El progreso económico y el bienestar material son fines perseguidos por el Estado cuya satisfacción ha generado la contaminación de la que ahora queremos librarnos, sin renunciar, claro está, a nuestro nivel de vida, ya que el progreso económico consistía en la apropiación legítima de los recursos mediante los títulos jurídicos que el ordenamiento prevé o la explotación de los recursos para transformarlos en bienes que mejoren las condiciones de la vida siendo constantes vitales del ser humano. Con ello el progreso se acentuó en la medida en que con más intensidad la libertad de aprovechamiento permitió una transformación más rápida y mayor.

Por ello no es posible, como bien lo ha sostenido Hirsch, tener un ambiente totalmente sano, sino que el problema está en que el daño disminuya o, por lo menos, no se aumente, debido a las características de la sociedad industrial en la que vivimos. Por eso en este punto, normativamente será posible llevar el problema al ámbito de autorizaciones y de ordenanzas administrativas y, por último y limitadamente,

al ámbito penal, ya que la justicia no es una competencia superior para el control de la actividad del Estado

En este contexto las normas jurídicas promueven, por una parte, el desarrollo económico y el bienestar material y, por otra, se proponen proteger el medio ambiente, porque en la mentalidad del hombre actual un medio ambiente y una naturaleza conservadas son bienes de los que depende una mejor calidad de vida.

El derecho a un medio ambiente, dentro de la Constitución ecuatoriana

En esa orientación nuestra Constitución, dentro de los Derechos Colectivos, en el Art. 82, dispone: El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice un desarrollo sustentable... Igualmente, existen normas que promueven el progreso económico y el bienestar material, el Art. 3 numerales 4 y 5, las normas constitucionales que se encuentran en el Título XII, del Sistema Económico, en el Capítulo I, los Principios Generales Art. 243, 244 entre otras.

El ...medio ambiente sano..., se entiende como el entorno o medio a la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinados la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones intercambio entre el hombre y los diferentes recursos.¹

La Constitución y los tratados internacionales determinan que no cualquier ambiente es el adecuado para que el hombre se desenvuelva, sino en un ...medio ambiente sano..., lo cual significa que el Estado, desde el punto de vista funcional, declara de interés público lo cual regulará conforme a la ley: Art. 86...1.- La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad; 2.- La prevención de la contaminación ambiental; 3.- El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad... - Además, tiene que ser ecológicamente equilibrado, es decir, que debe mantener un equilibrio si se rompe esa armonía existirá ya un daño ambiental que afecte al desarrollo sustentable y al medio ambiente sano es por ello que las políticas deben estar orientadas e implementarlas y a tomar en cuenta estos principios.

Es por ello que la preservación implica una ausencia de la actividad humana o de utilización. En el documento Cuidar la Tierra se define a la conservación, en cambio, como el manejo de uso humano de organismos y ecosistemas, con el fin de garantizar la sustentabilidad de dicho uso. Aparte del uso sustentable, la conservación incluye protección y mantenimiento.² El autor nos indica que conservación implica: uso y aprovechamiento, así como preservación, los cuales son términos separables a pesar de que en el documento se los asimila como uno solo.

La preservación ambiental comprende el conjunto de tareas dirigidas a evitar el menoscabo o perjuicio ambiental, dependiendo de una pluralidad de recursos, sean éstos económicos, sociales, científicos, técnicos y educativos.

¿Qué se entiende como desarrollo sustentable?, PÉREZ, Efraín indica que en el documento de la UICN, PNUMA Y WWF se define al desarrollo sustentable como el mejoramiento de la calidad de la vida humana dentro de la capacidad de carga de los sistemas sustentadores de la vida, lo que implica que se pueden utilizar esos recursos dentro de ciertos parámetros: prevenir y mitigar la contaminación, y conservar el recursos de modo que permita su uso indefinido.

Desarrollo sustentable, se entiende que no todo daño es resarcible cuando se trata del medio ambiente; que interfieren los temas del progreso, del desarrollo de los pueblos, del crecimiento industrial, de la productividad.

Se alude a una expresión que es vínculo o lazo entre el medio ambiente y el desarrollo, cuyos fines son la sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades. La definición que obra en el informe de la Comisión de Expertos-World Commission on Environment and Development- alude al desarrollo que satisface las necesidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas. La sustentabilidad se refiere a cuatro áreas:

1. Ecológica, tendiente a preservar: a) los procesos ecológicos que posibiliten la capacidad de renovación de plantas, animales, suelo y aguas; b) mantener la diversidad biológica animal y vegetal; c) mantener los recursos biológicos en un estado que permita su capacidad de regeneración;
2. Social, que permita la igualdad de oportunidades entre los miembros de la sociedad y estimule la integración comunitaria, sobre la base de: a) respeto a la diversidad de valores culturales; b) ofrecimiento de oportunidades para la innovación y renovación intelectual y social; c) afianzamiento del poder individual para controlar sus vidas y mantener la identidad de sus comunidades, lo que da lugar a la participación ciudadana en la tarea de la decisión y en la de gestión ambiental; d) asegurar la satisfacción adecuada en las necesidades de vivienda, salud, y alimentación.
3. Cultural, que busca preservar la identidad cultural básica y reafirmar las formas de relación entre el hombre y su medio.
4. Económicas, consistentes en la capacidad de generar bienes y servicios, usando racionalmente los recursos naturales, humanos y de capital, para satisfacer las necesidades básicas. Sus requisitos son al eficiencia, que implica la internalización de los costos ambientales; b) consideración de todos los valores de los recursos: presentes, de oportunidad y potenciales; y, c) equidad dentro de la generación actual y respeto de las generaciones futuras.⁴

En conclusión, podemos manifestar que en el constitucionalismo social, a diferencia del liberal, en donde las normas son simples, breves, las del Estado social se llenan de cláusulas sustantivas; se vuelven densas, porque deben materializar, éstas no tratan de conservar una situación social, económica o cultural estable sino que aspiran, por el contrario, a transformar la realidad, ya que son promotoras, remueven obstáculos, transformadoras de una realidad que la Constitución sea en forma explícita o implícita reconoce mejorable, determinando el alcance que debe tener el derecho en cada norma en busca de la cooperación, que dan fundamento para la exigibilidad y como consecuencia la justiciabilidad de esos derechos sociales y colectivos.

En ese contexto aparecen en los ordenamientos jurídicos los "derechos fundamentales cuyo número no deja de crecer en la medida en que las nuevas necesidades se suman a las ya existentes y quedan dentro de lo jurídico. El bien jurídico ambiental, es mucho más complejo y su realización con otros está en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social); es por ello, que mantener el equilibrio entre progreso económico y el bienestar material y el medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable, es la obligación jurídica del Estado con una participación activa de la sociedad, una tarea que no es fácil, ya que una sociedad de consumo y periférica, como la nuestra, no está dispuesta a dejar de serlo; la solución esta en fomentar la utilización de industrias ecológicamente más limpias; además, existen los bienes ambientales cuyo disfrute entraña limitación racional de los recursos naturales, por tanto, reducción o reordenamiento, al menos, de los bienes de consumo.

El derecho y el medio ambiente

Las necesidades humanas son ilimitadas mientras que los recursos son finitos.-Satisfacer una necesidad, y luego otra y otra, se vuelve más complejo, no habiendo otra fuente de recursos que los naturales y, de ellos, la tierra mantiene su reserva limitada. La complejidad de la cuestión deriva en que el hombre, para poder obtener los recursos de los que carece, produce y consume, a veces de manera exacerbada. Este crecimiento del consumo, aliado a otros factores económicos que determinan la producción a gran escala y tienden al máximo aprovechamiento de los recursos requeridos en el proceso productivo, tiene como consecuencia marginal la degradación ambiental.

De este marco nace la necesidad de ordenar la conducta del hombre en aquello que se relaciona con el ambiente, buscando regular ciertos comportamientos y prohibiendo otros, en el sentido de protegerlo, manteniendo criterios de un estado liberal, siendo nuestro un estado social que busca la cooperación de todos, estimulando con beneficios, para alcanzar el bien común.

Max Weber nos dice que derecho es cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.⁵

Hay que tomar en cuenta que el Derecho no puede regular el funcionamiento interno de un ecosistema o de la biodiversidad, es decir que el derecho no puede decir al río cómo debe relacionarse con las especies que lo habitan, ya que no existe la probabilidad de coacción, que es la coercibilidad; sólo puede describir las conductas humanas que cree que puede afectar el ambiente; si tenemos en cuenta la teoría teológica, considera que la conducta humana es pretípica, el legislador en el momento de elaborar la ley describe en el tipo la conducta que prohíbe u ordenar observar con la coacción de una sanción o consecuencia jurídica.

Los problemas que enfrentan los tipos son:

a. Que la descripción legal en ningún caso es completa. Ello es imposible en general, porque se trata de conductas humanas y la ciencia desconoce múltiples aspectos de las mismas. Más aún prescindiendo de las limitacio-

nes científicas, el tipo se limita a describir algunos aspectos diferenciales de la acción, con lo que resulta ser un esbozo torpe de conducta en el que cabe una infinita variedad de conductas humanas. Esta descripción en general grosera es la que permite valerse del tipo para individualizar conductas.

- b. El tipo está redactado en un lenguaje humano y éste ha menester de un símbolo para connotar la conducta: el verbo. Consecuentemente, es ineludible que el tipo contenga un verbo. La circunstancia de que el verbo no esté bien precisado en el tipo legal es sólo una diferencia o una modalidad de la técnica legislativa, que obliga al órgano jurisdiccional a precisarlo, a buscarlo, a desentrañarlo.
- c. A veces el tipo no solamente realiza la descripción de una conducta humana, sino que determina la conducta de un tercero, el tiempo, lugar, condiciones objetivas de punibilidad, etc.
- d. Además, podemos observar en los tipos penales en blanco, que requieren actos administrativos del Ejecutivo, para determinar la conducta.- Siendo inconstitucionales por cuanto afecta el principio de constitucionalidad y el principio de la legalidad, pero nuestro legislador utiliza como una forma permanente de descripción de conductas.

En conclusión, el tipo es una figura que resulta del método abstracto de codificar por parte del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio en el caso en concreto.

Es por ello que el Derecho sirve para regir la conducta externa de los hombres, estableciendo el deber ser en un determinado momento con un cuadro de individuos que determinen el orden o castiguen su transgresión. En su existencia histórica y positiva está sometido a transformaciones continuas e incesantes que tienen su origen en las transformaciones vertiginosas de la ciencia y tecnología, teniendo el derecho problemas, encontrándose permanentemente rezagado al no estar acorde y en forma paralela con este avance.

Al existir el tipo en el ordenamiento jurídico, el derecho siempre tendrá como función esencial la coacción, ya que tiene ese grupo humano para hacerlo cumplir. Sólo si las sanciones son eficaces, entendiendo la eficacia como el acatar y aplicar las normas, serán adecuadas al daño causado, y ejecutables sin demora haciendo que caiga sin compasión todo el peso de la ley sobre cuantos degraden el ambiente (prevención especial), funcionará la prevención general negativa y se evitarán los grandes desastres ecológicos.

El problema fundamental del Derecho en relación al ambiente es el de la efectividad, y este principio se encuentra relacionado con la eficacia de los órganos legislativos y administrativos de los distintos Estados. Por esta razón, no cabe prescindir de la acción directa de los ciudadanos individuales.

Constituye un principio fundamental de la protección ambiental, la prevención del daño ambiental, que adquiere una fundamental importancia en orden a la protección de los derechos colectivos.

A lo que se encamina la protección ambiental es a determinar la responsabilidad de resarcir los perjuicios ocasionados.

nados por la degradación, pero todavía esta responsabilidad se da a la propiedad, a la salud de las personas. De ello se deriva, indirectamente, una protección al ambiente que ha sido dañado. Es por ello que la técnica nos enseña que se debe determinar previamente no sólo los elementos o bienes protegidos, sino también los agentes capaces de perturbarlo con una densidad tal que dificulte o impida la autoregeneración por un proceso natural.

Debemos anotar que desde el punto de vista económico liberal egoísta y práctico, la falta de regulación ocasiona una degradación ambiental intolerable que, además de perjudicar la calidad de vida, ocasiona sensibles pérdidas económicas.

En conclusión podemos manifestar que el derecho. A pesar de que en un primer momento brinda su protección a la propiedad, la salud, y a determinados espacios, en forma indirecta brinda la misma al ambiente, es decir, que las legislaciones pertenecen al Derecho Público porque se trata de regulaciones basadas en el interés público, aunque sean sobre bienes del dominio privado.

Bien jurídico

¿Qué se entiende por medio ambiente?; para ciertos autores estos términos son redundantes en apariencia, algunos sostienen que sería mejor utilizar ambiente, pero a la vez podemos observar que el término de medio ambiente se ha consolidado en el lenguaje, gracias a su utilización en las normas jurídicas.

El medio ambiente para unos autores tiene una conceptualización amplia tomando en cuenta la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos. El mantener esta opinión lo único que causa, es convertir en un bien jurídico protegido muy complejo y que durante varios años se podrá ir determinando el contenido de ese derecho,⁶ es decir, el Tribunal Constitucional, los abogados en libre ejercicio, los operadores jurídicos, que en base a la aplicación e interpretación en los casos concretos, se irán realizando los límites de ese derecho, como un ambiente sano para lograr un nivel de vida adecuado y digno, tomando en cuenta que los elementos que conforman el concepto de medio ambiente (los recursos naturales, el patrimonio cultural) se relacionan con otros bienes no ambientales como el desarrollo económico, el consumo, la contaminación inevitable y esto también se une a lo hiperactivo del concepto teniendo variables relaciones entre sus elementos sino también a su carácter de tiempo, pues cada generación concebirá a su manera la armonía deseable entre los factores ambientales.

En el mismo sentido, coadyuvará en la formación del contenido del bien jurídico medio ambiente la regulación en las normas jurídicas, estos principios y reglas, además la regulación del delito ecológico, conforme podemos dar lectura en nuestro Código Penal que son varios los bienes jurídicos protegidos como son: Art. 437 A: que se ...constituyan peligro para la salud humana, que degraden y contaminen el medio ambiente 437 B: causare ...perjuicio o alteraciones a la flora, a la fauna, el potencial genético los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad

Podemos concluir que el medio ambiente o ambiente lo debemos entender como un concepto amplio, conforme se

presenten casos sea de control constitucional en concreto o en abstracto o amparos, y dar el contenido de lo que significa el mismo, como ha sucedido con el derecho a la libertad, a la igualdad, que poco a poco se los ha ido delineando y determinando un horizonte de su contenido para darles sentido sea éste sociológico, axiológico, científico.

Iniciaríamos esa demarcación del horizonte, diciendo que es el derecho que se tiene a un ambiente sano y equilibrado ecológicamente para que el ser humano lo disfrute. Se inicia en un escenario en el que las personas pueden ir desenvolviendo su actividad, teniendo como un derecho a algo⁷ pero conexo al derecho a la vida, que es el principio de todos los demás derechos, dándoles soporte, el entorno adecuado o sano donde se desarrolle la vida y los demás derechos, siendo considerados los derechos subjetivos como relación entre el concepto del derecho que es lo abstracto y el contenido en el caso en concreto.

El legislador al describir que es aun ambiente sano, lo que quiere con el término sano, es asemejar con la salud, siendo el hombre una sustancia orgánica, mientras se mantiene el equilibrio en el organismo humano, éste se encuentra sano; se rompe ese equilibrio cuando existen sustancias tóxicas que producen ese desequilibrio orgánico, y como efecto la alteración de la salud y el apareamiento de la enfermedad, pudiendo concluir que sano es sinónimo de equilibrio y de salud.

Lo mismo sucede con el ambiente, mientras el ser humano no interviene o participa en alguna actividad de carácter productivo económicamente lucrativa, éste se mantiene sano y equilibrado, pero cuando existe esta intervención con ese fin introduce tecnologías y sustancias que pueden alterar a ese ambiente o afectar en su actividad económica a otros, se produce que el ambiente se encuentra enfermo y existe un desequilibrio afectando ese derecho a algo es por ello que el Estado, al ser un Estado social debe promover políticas públicas de estímulo para evitar que se afecte el ambiente y se altere el derecho a la vida.

Daño ambiental

El daño ambiental tiene una relación directa con el desarrollo sustentable. En los países periféricos al daño ambiental se lo pretende minimizar, lo que no ocurre con los países centrales; en ellos la cuestión ambiental aparece como algo prioritario, defendiendo la calidad de vida y la salud. Pero siempre existirá la crítica al mantener esta dualidad en tratar el tema sobre el ambiente, lo que pretenden los Estados centrales es mantener en el subdesarrollo a los periféricos, y con ello facilitar el colonialismo. Por estos motivos no podemos separar jamás el daño ambiental del desarrollo sustentable.

Lo importante que ha sucedido a partir de 1972 es que los temas que tienen relación con el ambiente han entrado en un horizonte en que el ser humano dentro de su libertad de acción asuma su responsabilidad y comprenda sobre la fragilidad del estado del ambiente en el mundo, sobre el carácter destructible de los recursos naturales, sobre las consecuencias que acarrea la contaminación para el futuro de la existencia humana en el planeta, por otra parte; no pueden olvidarse las exigencias de la industrialización, de la extracción de combustibles líquidos y gaseosos, de la incorpora-

ción de nuevas tierras a la agricultura, del transporte, todo lo cual hace al desarrollo sostenible pero depredador, para ir dentro de ese proceso de comprensión y entendimiento produciendo el conocimiento que en el momento histórico sea relevante tanto en el campo científico como el de un persona sin este conocimiento científico.

La sustitución del concepto antropocéntrico por el ecocéntrico, que ve en el hombre una parte integrante del ecosistema tierra y de sus recursos naturales, va ligado con el deber humano de respetar las leyes de la naturaleza en lugar de ejercer la potestad de dominarla y otra, muy distinta, poner frenos a la empresa libre, trabas a la producción, dificultades al mercado, a la postre, para evitar el daño ambiental, con lo cual todo proceso de desarrollo debe tomar en consideración como un condicionante primario su viabilidad ecológica, en el sentido de producir el mínimo daño a los sistemas ecológicos. No es correcto concebir que se pueda dañar o destruir un ecosistema y luego reconstruirlo anulando el daño causado.

Pienso que nuestra Constitución al disponer en el Art. 86: el derecho de la población a vivir... que garantice un desarrollo sustentable. y luego en el Art. 242, la economía... a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna, los asambleístas determinaron la orientación antropocéntrica, siendo el ser humano el centro de las normas permitiendo una orientación liberal de los derechos. Son los seres humanos quienes definen la calidad deseable de lo que les rodea y quienes han convertido bienes que no se encontraban en la Constitución en bienes protegidos por ese ordenamiento jurídico. Por lo cual existen dos formas de protección al ambiente: la intervencionista y la neoliberal. El modelo intervencionista, contempla la adopción de medidas de prevención consistentes en la regulación directa de las actividades que puedan dañar el ambiente. La regulación puede ser ejercida en forma de prohibición de la actividad; puede serlo con un régimen de premios y castigos (tributos verdes), en el que se comprenden los tributos diferenciales y, en última instancia, puede llegar a la aplicación de sanciones penales. El modelo neoliberal, en cambio, propone formas de protección indirecta, a través de la empresa misma que podría dañar el ambiente. No es pertinente la desregulación.

El modelo que adoptó nuestra Constitución es el primero; al dar lectura los valores, principios y reglas, existe que el Estado debe realizar y garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado con un desarrollo sustentable, a continuación, procede los campos que la regulación tendrá que ejercer (Art. 86). Además, tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para las sanciones administrativas, civiles y penales, por las acciones u omisiones al existir el daño ambiental (Art. 87); tratará sobre los estímulos tributarios (Art. 89). Y establecer las responsabilidades de personas naturales y jurídicas, del Estado y de sus delegatarios (Art. 91).

Hay que tomar en cuenta que una de las formas de interpretación de la Constitución es que ella tiene una pirámide interna, que se conforma por los valores, principios y reglas; además, tener en cuenta el contexto constitucional, sin realizar una interpretación sin coherencia y realizando la interpretación aislada de normas.

Todo lo anterior, por cuanto el Estado ecuatoriano declara que su economía es social del mercado, es decir que el

mercado se encuentra sometido al interés colectivo y que se debe realizar la distribución para conseguir dicho objetivo (Art. 244).

Debemos entender como daño material, el menoscabo del patrimonio sufrido por la víctima y comprende el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener.⁸

El daño moral son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o síquica; en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales.⁹

En el derecho pena, delitos de daño son lo que afectan al bien jurídico existe un resultado material, y la mutación física o alteración real del mundo físico, entendido desde la teoría finalista.

En el derecho ambiental es difícil que se recaiga en las clasificaciones tradicionales como son daño patrimonial o extrapatrimonial; cierto o incierto, daño actual o futuro y daño personal o daño ajeno.

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales, por lo que el juez debe desplegar su espíritu sagaz y sensible, capaz de una distinta realidad. Podemos poner como ejemplo que las enfermedades producidas por la contaminación ambiental causan alteraciones que generalmente son desconocidas y algunas veces es imposible de conocer, así tenemos: el Reporte que Acción Ecológica ha presentado, con fecha junio del 2001, como producto de una investigación realizada en la zona del Putumayo, como efecto de las fumigaciones que se han realizado por parte del gobierno norteamericano a las plantaciones de cocaína y de drogas.

En ese reporte se recopila versiones que la Embajadora de los Estados Unidos de Norteamérica expresa que glifosfato tiene los mismos efectos de la sal común o la Aspirina, es menos dañino que la nicotina o la vitamina A y se lo usa en la mayoría de sembríos en el mundo y hasta en los jardines.¹⁰

Pero en las conclusiones a las que han llegado los investigadores de Acción Ecológica podemos observar que aparecen alteraciones en el organismo de los habitantes de las zonas en su aparato digestivo, presentan fiebre, afecciones al sistema respiratorio, tos seca, dolores de garganta, fiebre; en la piel: dermatitis, granos, úlceras de piel, etc. Además, en los cultivos se presentan grandes daños, por ejemplo: en el café, cacao, plátano, caña, yuca, arroz, etc. existen alteraciones en sus matas, troncos de árboles y como efecto se han quemado.

Con este breve ejemplo, podemos observar que las alteraciones del medio ambiente sano se pueden producir sin que sea efectivamente real el daño ambiental y que esto afecte en forma conexa a la salud y, además, el derecho a la alimentación, el derecho al trabajo, etc., alterando la calidad de vida de los ciudadanos y con ello la vida digna que los seres humanos debemos gozar.

Nuestra Ley de Gestión Ambiental nos da el concepto de daño ambiental al decir Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos. En este concepto, solamente se entiende que debe existir una disminución de algo, es decir un resultado material, no se encuentra el peligro potencial que se puede generar.

Hay que tomar en cuenta que desde el punto de vista penal no es necesario que exista el daño, sino el peligro del bien jurídico, es decir, que se presenta una amenaza, así en el art. 437 A: ...que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente.

Introducir el concepto de daño ambiental en la ley es un absurdo de parte del legislador, por cuanto crea una dificultad para quien debe aplicarlo y, según nuestro Código Civil, debemos aplicar ese concepto. Además, es un concepto muy limitado el que consta en la Ley de Gestión Ambiental, se restringe en forma ecocéntrica, cuando nuestra Constitución es antropocéntrica, debiendo probar cuáles son las condiciones preexistentes. Solo al existir un estudio de impacto ambiental anterior, sería fácil encontrar la verdad procesal dentro del derecho penal garantizador, pero si no lo hay resultaría difícil o más bien imposible determinar los elementos esenciales del tipo penal, lo cual produce que no exista el tipo penal, se emitirán sobreseimientos sea provisionales o definitivos de los responsables, creando un problema de la eficacia de las sanciones y del derecho en sí, desde el punto de vista kelnesiano, que como se indicó es un requisito esencial para poder mantener el equilibrio ecológico y un ambiente sano.

Hay que tomar en cuenta que casi todos los tipos penales introducidos en el Código Penal que tienen relación con el delito ecológico, exigen que el autor sea habitual, lo cual dificulta determinar la responsabilidad; además, son normas en blanco que requieren de actos administrativos del Ejecutivo, para poder determinar cuáles son las sustancias contaminantes, las especies protegidas sea fauna, flora, por cuanto en la redacción nos dice legalmente protegidas, en épocas de veda. Es decir, la falta de asesoramiento técnico penal en la redacción de las normas crea dificultades a los operadores jurídicos.

El daño ambiental es toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual como colectivamente, a que no se alteren de modo perjudicial las condiciones naturales de vida, concepto de Guillermo Peyrano, citado por Tomás Hutchinson.¹¹

Este concepto se entiende como la disminución que afecta el derecho que tienen los seres humanos, que no solo se lesiona su calidad de vida o salud, sino como indica el autor, puede afectar el desarrollo de una comunidad y comprometer seriamente sus intereses económicos presentes y futuros.

Tomando el criterio del autor Tomás Hutchinson, se debe analizar la cuestión partiendo de un caso en concreto para poder determinar que el daño es cierto, actual, personal, resarcible y antijurídico, establecer que en ...la responsabilidad extracontractual por daños producidos al ambiente, es necesario e inevitable el examen de las lesiones ambientales, de sus generalidades y de sus peculiaridades, de sus formas de producción y de sus causas, y poder determinar de esta manera, un esquema general de los daños al ambiente.¹²

Si retomamos el ejemplo que expuse en líneas anteriores, podemos observar que las fumigaciones realizadas en la zona del Putumayo afectaron a las personas en forma individual en su derecho a la salud, ya que como expliqué sufren alteraciones de índole físico, además, se encuentran afectadas en su desarrollo la Cooperativa Nuevo Mundo y

Organización San Francisco, entre otras, que están ubicadas a dos y 10 kilómetros de la frontera desde la zona de fumigación, produciendo daño a los sembríos de café, cacao, plátano, yuca, etc. Y encontrándose afectados directa y certeramente sus cultivos, con ello se comprometieron los intereses económicos presente y futuros de esas comunidades. Según este análisis del concepto de daño ambiental, en el caso concreto podemos determinar que se han cumplido cada uno de los requisitos que conforman éste.

Como conclusión, hay que criticar el concepto de nuestra ley en relación a lo que es daño ambiental, debemos manejarnos con los conceptos de la doctrina y de los casos en concreto que posteriormente se demanden, por cuanto se encuentran en simetría con la Constitución cuyas definiciones son antropocéntricas, las características y elementos comprenden un daño al ambiente más amplio que debe tener como fundamento la mejor condición de vida, un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para poder realizar un interpretación en busca del contenido del concepto de ambiente, daño ambiental, impacto ambiental, etc.

La responsabilidad en el daño ambiental.

Una vez analizado el daño ambiental, debemos explicar en qué consiste la responsabilidad que genera éste y a quien le corresponde indemnizar.

Para iniciar este acápite, debemos preguntarnos ¿Qué circunstancias son las que determinan el nacimiento del deber de indemnizar?

Esta pregunta admite dos contestaciones:

A. La primera de ellas consistiría en decir: el autor de daño responde si por su culpa se ha producido el daño, por lo que está obligado a indemnizar quien ha actuado mal, quien por lo menos ha cometido una imprudencia en el obrar. No debe responder quien ha realizado todo lo posible.

Sólo la conducta humana engendra responsabilidad, quien sufre un daño debe probar, no sólo que es conducta humana como tal, esto es, con conciencia y voluntad. Puede ser por acción o por omisión.

La conducta humana, cuando el legislador la describe en el tipo, tiene relevancia jurídica y cuando la conducta es contraria a la norma se convierte en antijurídica, conformando el injusto, que según la teoría finalista genera la prevención especial y la prevención general al momento en que se determina la imputación, es decir, la culpabilidad, para poder establecer la sanción que en este caso es la de indemnizar.

La teoría de Jackobs en cambio es la de restablecer la confianza en la norma y en el ordenamiento jurídico. Este autor alemán ya no habla de bienes jurídicos, sino que al existir conductas deformadas que sean imputables y que actúan afectando la norma, el derecho penal en reacción determina la pena, con lo cual restablece la vigencia de la misma, ya no existiendo la prevención especial y general como existe en la actual dogmática jurídico penal que es negativa; en esta teoría es positiva, Además de la imputación objetiva o de libertad que se determina en la comprensión del ser humano en su condición de igualdad y libertad en el rol que dentro de la intersubjetividad tiene como tal.

Esta nueva teoría debe ser desarrollada en nuestra legislación penal, actualizándola, de la teoría positivista y finalista que se encuentra descrita en el Código Penal.

En la dogmática penal dominante existe el principio de la culpabilidad, es reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho descrito en la ley, existe la responsabilidad subjetiva pero en la actualidad existe la imputación objetiva, nadie responde por un hecho que no ha cometido con:

a. El conocimiento (conciencia-entender-representación) escoger los medios, que son las sustancias que tiene en su poder, que las comercializa, las almacena, vierte pueden causar el daño o amenazar la salud o el medio ambiente.

b. Además, con voluntad (querer) de hacerlo al materializar con el actuar lo deliberado y que se conduce en forma inequívoca a causar o constituya peligro para la salud humana o degrade el medio ambiente, en ese instante se está cometiendo el tipo, por cuanto existe el dolo directo (conciencia y voluntad) de causar o de amenazar el bien jurídico que debe tener la condición adecuada de vida, la salud y el medio ambiente o ambiente.

Igualmente, en el campo civil y administrativo, conforme a la filosofía liberal, la persona debe responder por su comportamiento, cuando es por culpa, en la responsabilidad civil o extracontractual es la conducta esperada la que puede consistir en la violación del genérico deber jurídico de no causar daño a otro.

Es frecuente, desde luego, que el acto generador de responsabilidad constituya valoración de un deber legal específico o una obligación legal. Por ejemplo, la omisión de las medidas reglamentarias impuestas en materia de eliminación de humos o aguas residuales nocivas, en cuanto daño o perjudique a otro.

De infinitas maneras podemos causar daño a los demás. Y, de no existir una causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la regla máxima de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres.

Este no perjudicar a otros debe siempre actuarse dentro del marco legal y además de convivencia social, cuando se genera es que la conducta humana se lo ha realizado con dolo o culpa, lo cual obliga a reparar. La culpa se entiende que origina responsabilidad civil cuando consiste en no actuar con la diligencia que en cada caso, cada circunstancia o cada momento debía haberse desplegado, por cuanto se espera que se actúe con actos de prudencia, que debe ser una persona perita en ese arte u oficio y que observa las normas, se puede entender que es una persona que hizo lo posible para realizar lo esperado.

Si sucede lo contrario, es decir, si se actúa con imprudencia, inobservancia, impericia, se actúa con culpa, por lo tanto se debe responder por el daño causado, existe una pretensión que se debe cumplir.

Existen causas de justificación, es decir, preceptos permisivos que el mismo legislador debe determinar para que la conducta humana, establecida en las hipótesis imperativas o prohibitivas, pueda no generar ninguna responsabilidad al realizarlos.

Así tenemos que:

— El ejercicio del propio derecho. El titular de un derecho ostenta un poder compuesto por un conjunto de facultades, esto es, posibilidades concretas de actuación. Cuando las pone en práctica, aunque al hacerlo daña, no responde del perjuicio ocasionado por ser éste una consecuencia natural del derecho que tiene atribuido, derecho que puede ser utilizado, no en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que está llamado a desempeñar; que no puede ser ejercitado sin más, sino para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo; que en ningún caso puede ser realizado con malicia, mala fe o con voluntad de perjudicar a otra persona.

— El consentimiento de la víctima. Cuando a quien se le puede causar el daño, en forma libre y voluntaria, expresa su consentimiento dando la autorización, por lo que si se actúa bajo estos presupuestos no se causaría perjuicio, pero aquello es admisible cuando se trata de bienes patrimoniales, mas no cuando se trata de bienes que conforman la personalidad de la víctima; pero existen casos como la autorización al médico para que opere o cuando se encuentra en un riesgo recíproco, como la práctica de un deporte violento.

— El cumplimiento de un deber. Cuando se determina según la ley o reglamento una obligación de realizar algo previsto y que esa conducta que se realiza se tiene la certeza que se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico. Puede en este caso existir el error de tipo y el error de prohibición.

— Se actúa con permiso o autorización entregada por la administración, pero a pesar de ello esta acción puede ser ilegal e injusta, lo cual no exime de responsabilidad.

— Fuerza mayor o caso fortuito. El caso fortuito es el que no se ha previsto, no ha podido evitarse, lo mismo que la fuerza mayor, excluyen el nexo causa, ya que existe una total involuntariedad del sujeto, no existiendo una conducta.

Finalmente, lo novedoso es el Art. 87 de la Constitución, que determina la existencia de responsabilidades penales en contra de las personas jurídicas; en el precepto constitucional se describe que la ley deberá tipificar las infracciones; con esta proposición preceptiva de mandato de orden constitucional, debemos tomar en cuenta que esa responsabilidad en la dogmática penal, tanto interna como externa; no existe esa apertura, es recién a partir del año 1980 en que la doctrina extranjera, como la española, francesa, danesa, holandesa, han realizado una estudio de dicha responsabilidad, ya que tanto la normatividad como la doctrina se han desarrollado en el sentido de que solamente el ser humano puede provocar una conducta que puede ser reprochada.

Pero, para aclarar este contenido, tengo la convicción de que se necesitaría un estudio enfocado solamente a este tema, que lo dejo propuesto en este trabajo y en un futuro lo realizaré.

c. La segunda de las contestaciones es de sentido contrario. Según ella, responde del daño quien de hecho lo ha causado. No es necesario indagar las características de su comportamiento. Debe indemnizar el daño sólo por haberlo ocasionado, o si se quiere, por haber realizado la actividad para producir un riesgo, a ésta se llama responsabilidad objetiva.

Como sabemos, el considerable desarrollo del maquinismo, fenómeno suficientemente conocido, verdadero que es signo de nuestro tiempo y fuente inagotable de riesgos y siniestros, hizo que el avance científico y tecnológico haya creado esta responsabilidad que no requiere o es independiente de la culpa que compromete el ambiente dañándolo en todo o en parte, sin necesidad de establecer, ni siquiera, la inversión de la carga de la prueba de la culpa.

La doctrina se muestra claramente proclive a la imputación objetiva, normativa o de libertad de la responsabilidad por daño ambiental. Tomando en cuenta la efectividad del principio en el Derecho ambiental, quien contamina debe pagar; hay que señalar que la responsabilidad extracontractual objetiva se apoya en cuatro reglas fundamentales:

1. Inversión de la carga de la prueba, que se traduce en una presunción de culpa del causante del daño.
2. La consideración de que la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no es suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño revela que faltaba algo por prevenir.
3. Apreciación de la prueba conforme al principio pro perjudicado, es decir, en beneficio del más débil, que no debe confundirse con el de inversión de la carga de la prueba, ya que actúa en el ámbito de la causa; y,
4. Elevación del nivel de diligencia exigible, que da lugar a la regla del agotamiento de la diligencia, que exige haber agotado las medidas de diligencia posibles y socialmente adecuadas.¹³

Debemos tener en cuenta que la responsabilidad extracontractual objetiva tiene como fundamento que no requiere la intervención de la culpa o mejor dicho es evitable, para determinar el daño; lo que requiere es que exista un riesgo o como nos indica la doctrina una actividad riesgosa, el riesgo por su naturaleza implica peligro y cuando la empresa realiza actividades que generan un riesgo asume la responsabilidad de reparar el daño.

Pero también se ha de responder por el riesgo mismo, sin que se haya producido un daño. Así por ejemplo, se responde mediante multas, clausuras u otras medidas, en caso de inejecución de obras de seguridad en establecimientos industriales (responsabilidad sanción).¹⁴

Esta responsabilidad es por el riesgo de la cosa o la actividad en sí misma. Se trata de achicar el riesgo (prevención) para que el daño (indemnización) no se produzca.¹⁵ Es decir, que el haber generado una actividad, por ejemplo, fumigar las plantaciones de coca y marihuana por parte del Estado norteamericano, en la amazonía de los países como Colombia y Ecuador, ésta trae consigo una actividad que genera un riesgo por cuanto al fumigar con productos químicos que producen contaminación y afectan la salud, el medio ambiente o ambiente, la economía de las personas afectadas, hace que la responsabilidad sea objetiva y no sub-

jetiva, pero no existe la prevención por parte del agente contaminador, sino mas bien se dice que no existen problemas con esas sustancias.

El carácter objetivo de la responsabilidad se caracteriza por la prevalencia del nexo causal frente a la culpa como elemento para imputar el deber de reparación, y uno de los supuestos en que así ocurre se da cuando se han creado condiciones peligrosas o de riesgo. Estas pueden tener lugar por tres vías distintas:

- a. El peligro reside en la cosa en sí misma considerada, (por ej., explosivos).
- b.- El peligro consiste en la posición en que una cosa es colocada (por ej., dos productos que, aislados, son inocuos, pero que juntos se convierten en un peligroso tóxico), y
- c. Productos defectuosos.¹⁶

Podemos decir que siempre habrá riesgo, por cuanto el hombre conforme realiza un avance científico o tecnológico, va creando en forma permanente las actividades que implican riesgo o peligro, por lo que como dice el autor es el Estado el que debe fijar normas de seguridad que habrán de cumplir los operadores, en su condición de regulador y controlador, a través de su poder de coacción.

El riesgo ambiental está ligado a la prevención, por cuanto al establecer normas de seguridad se pretende que el daño no se produzca y si se produce que sea mínimo y que la reparación no sea costosa y que no tenga que sufrir por ello la sociedad, sino quien se beneficia de la actividad.

En la responsabilidad extracontractual objetiva, el caso de la fuerza mayor o caso fortuito que tiene relación con el daño ambiental no tiene tanta legitimidad, por que cuando fue entregado el concepto de estos términos no existía el adelanto tecnológico y científico como en la actualidad, ya que, por ejemplo, si se pretende construir una planta de almacenamiento de petróleo en una zona de alta actividad sísmica, con los estudios existentes tanto satelitales como geológicos, etc, se puede determinar que se prohíba construir en ese lugar, pero si se insiste, esa responsabilidad no le excluye, por cuanto el daño pudo ser previsible de que se produzca.

Conclusiones

A manera de conclusiones:

1. El ser humano es el mayor depredador de su propia ambiente, hay que evitar que esta proyección negativa del mismo siga actuando, previniendo con procesos culturales que disminuyan este impacto.
2. El error de determinar conceptos legales en las leyes determina que la formación jurídico positiva todavía existe con gran fuerza en los generadores de las leyes, hay que tomar en cuenta que el horizonte constitucional es mucho más amplio por cuanto en el mismo existen valores, principios y reglas que lo integran.
3. La interpretación constitucional no debe mantener el criterio de los conceptos legales, sino que debe hacerlo con las interpretaciones axiológicas o sociológicas.
4. Debemos participar en forma activa en que hay que defender el ambiente ante la destrucción de las grandes industrias, que el único fin que persiguen es el lucrativo.
5. Los estudios de impacto ambiental deben ser estrictos en

su análisis, para evitar los desastres como los del Plan Colombia, ya que las autorizaciones u ordenanzas administrativas hacen que el Estado asuma los riesgos por su falta de control a pesar de su competencia para mantener el orden y el equilibrio en las sucesiones de comportamientos sociales.

6. Estas responsabilidades estatales, por las omisiones, le pueden determinar responsabilidades subjetivas y objetivas tanto al Estado como a los funcionarios, creando el

derecho de repetición que tiene el Estado.

7. Las agencias secundarias dentro del derecho penal, determinan que tenga dificultades por la falta de apoyo estatal, por cuanto el enfrentamiento del desarrollo económico y el ambiente crean esta omisión y dificultad operativa.

Notas

1. JORNADO FRAGA, F. La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Bosch, Barcelona, 1995, ps.55 y ss.
2. PEREZ, Efraín, Derecho Ambiental, pag. 6, Mc.graw-Hill Interamericana, S.A., Colombia.
3. Op. Cit. Pag. 7.
4. Tomado de BUSTAMANTE ALSINA, J, Derecho Ambiental, ps. 7 y ss, Paris, 1993.
5. WEBER, Max, ECONOMÍA Y SOCIEDAD, Editora Fondo de Cultura Económica. pag. 27, 13 reimpr.
7. ALEXY, Robert, Teoría de los Derecho Fundamentales, pag. 268 y ss. ALEXY, Robert. Op. Cit. Pág.186.
8. DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, Tratado de Responsabilidad Civil, Civitas, 1993, pag. 674.
9. Ibidem, pag. 676.
10. Diario Hoy, Quito, 24 de julio 2000.
11. JORGE MOSSET , TOMAS HUTCHINSON, Daño Ambiental, Tomo II, pag. 37.
12. Ibidem, pag. 39
13. HUTCHINSON, Tomás, Daño Ambiental, Tomo II, pag. 61, 62.- Editorial Rubizal-Culnizoni.
14. Ibidem. Pág. 66.
15. Ibidem. Pág.66.
16. Ibidem. Pág.67.

Conclusiones

A manera de conclusiones:

1. El ser humano es el mayor responsable de su propia contaminación, hay que evitar que esta contaminación sea el mismo ser actuando, pero también con procesos naturales que disminuyen este impacto.
2. El error de determinar culpables legales en las leyes termina que la formación jurídica positiva todavía a veces con gran fuerza en los gobiernos de las leyes, hay que formar en cultura que el hombre constituyente es mucho más amplio que cuando en el mismo existen valores, principios y reglas que lo integran.
3. La interacción constituyente no debe mantenerse en un plano de los conceptos legales, sino que debe haber un nivel de interacción tecnológica o sociológica.
4. Determinar y verificar en forma activa en que hay que intervenir es importante ante la declaración de las grandes interacciones, que el único fin que persigue es el bienestar humano, que el único fin que persigue es el bienestar humano, que el único fin que persigue es el bienestar humano.

Deben tener en cuenta que la responsabilidad estatal es un concepto como fundamento que no puede ser la interacción de la culpa, sino que es viable, por el desarrollo del deber, la que requiere es que exista un riesgo como no indica la doctrina una actividad riesgosa, el riesgo por su naturaleza implica peligro y cuando la empresa realiza actividades que generan un riesgo, asume la responsabilidad de reparar el daño.

La responsabilidad es la de responder por el riesgo mismo, sin que se haya producido un daño. Así por ejemplo, se puede mediante multas, sanciones u otras medidas, en caso de inspección de obras de seguridad, en establecimientos industriales (responsabilidad sancionatoria).

Esta responsabilidad es por el riesgo de la cosa o la actividad en sí misma. Se trata de evitar el riesgo (prevención) para que el daño (indemnización) no se produzca. Es decir, que el haber generado una actividad por ejemplo, que genera las plantaciones de cultivos y murallas por parte del Estado interamericano, en la materia de los países como Colombia y Ecuador, esta actividad genera actividad que genera un riesgo por cuanto al interactuar con personas que interactúan producen contaminación y riesgo al salud del medio ambiente a impedir la sostenibilidad de las personas y actividades, pues que la responsabilidad sea objetiva y no

La Responsabilidad Civil en el proyecto de Código argentino de 1998

Hugo A. Acciarri

Introducción

Desde hace más de una década se desarrolla en Argentina un proceso tendiente a la reforma integral de sus cuerpos troncales de derecho privado. Este movimiento reformista tuvo su primer producto acabado en 1987, año en el cual fue presentado un código unificado civil y comercial, aprobado por ambas cámaras legislativas y finalmente vetado por decreto presidencial en 1991. Dos comisiones de juristas trabajaron, luego, en sendos proyectos, ambas sin ver la promulgación de su obra. En el cuarto intento de la serie, una nueva comisión, integrada a partir de un decreto de 1995, elevó al Poder Ejecutivo un proyecto de código único civil y comercial, que fue remitido al Parlamento en diciembre de 1998. Este nuevo código, que se encuentra en tratamiento -tratamiento ciertamente postergado por la crisis y urgencias demasiado conocidas-, motiva los comentarios que siguen.

A esta altura, la necesidad de una reforma integral y la tendencia a la unificación de lo mercantil y lo civil, parecen ser la opinión enormemente mayoritaria entre los juristas y operadores del derecho privado en Argentina. Las discusiones, no obstante, aparecen tanto en cuestiones particulares de política legal como en las relativas al método de la reforma. Así, se hicieron oír voces reclamando una amplia consulta y la posibilidad de crítica al trabajo de la comisión por parte de todos los interesados. Para satisfacer ese reclamo, se abrieron canales de participación, en la forma de congresos y jornadas desarrollados a lo largo y ancho del país, y se habilitaron direcciones electrónicas y convencionales para enviar sugerencias a la comisión redactora y a la instancia parlamentaria que tiene el cuerpo en examen.

Por otra parte, toda la producción de la doctrina jurídica argentina de los últimos tiempos se ha visto influida por este proyecto y sus antecedentes. Bajo su influjo no parece posible, en la actualidad, estudiar el derecho privado argentino como un estado, sino como un proceso. En ese sentido, quizás el efecto más notable de esos vientos de reforma sea su virtud para fomentar un prolongado debate sobre el mejor diseño de las instituciones, que prevalece por sobre la mera descripción del derecho vigente. Dentro de este enorme intento de renovación, las líneas que siguen se concentrarán en sólo un aspecto -la responsabilidad civil- de ese nuevo derecho en gestación.

La Reforma del Sistema General de Responsabilidad Civil: sus líneas principales

En lo que concierne a la responsabilidad civil, el nuevo cuerpo legal posee perfiles definidos e innovaciones mere-

cedoras de desarrollos propios. Sin embargo, los límites previstos para este trabajo no permiten más que una muy sucinta revisión de las líneas maestras de su estructura. A estos fines, parece adecuado comenzar por las propias palabras de la Comisión redactora, que en los Fundamentos del texto legal, expresa:

El Proyecto se apoya en algunos ejes fundamentales: la unificación de los regímenes contractual y extracontractual, la prevención, la dilución del requisito de antijuridicidad, la expansión de la responsabilidad objetiva, la limitación cuantitativa de esta responsabilidad.

Para la comprensión de las innovaciones legales suele ser útil observarlas por contraste con la institución que pretenden sustituir. En el caso argentino, el sistema de responsabilidad civil vigente deriva, en su parte principal -como la generalidad del derecho latinoamericano y la mayoría del europeo del siglo XIX- de la codificación francesa, aunque con algunas influencias particulares y ciertos rasgos de originalidad de la cosecha de su autor, Dalmacio Vélez Sarsfield. El Código Civil argentino entró en vigencia en 1871 y sufrió reformas parciales y discretas hasta 1968, año en el cual se introdujeron, en un único acto legislativo, modificaciones sustanciales. En ese sentido, el proyecto de 1998 profundiza algunas de las principales innovaciones de aquella época. Asimismo, integra al cuerpo legal unificado - como normas expresas- buena parte de los desarrollos de la jurisprudencia y doctrina local y extranjera y toma partido en puntos cruciales mediante fuertes definiciones de política legislativa.

En cuanto a las tendencias fundamentales del nuevo régimen propuesto, seguramente la que resalta en primer término es la unificación. El cuerpo unifica, en general, la materia mercantil y la civil, y en lo que específicamente nos ocupa, la responsabilidad contractual y extracontractual. El sistema todavía vigente, por el contrario impone la distinción e impide, tanto la acumulación de instituciones propias de ambos regímenes, como la opción (a criterio de la víctima) por uno u otro sub-sistemas, salvo - en este último caso- que se verifiquen ciertas circunstancias excepcionales. Sin embargo, esta división tajante de regímenes no tiene correspondencia en materias legisladas especialmente. Por otra parte, se advierte un ensanchamiento de aquello que debe considerarse incluido dentro del campo contractual, generado por vía de interpretación, que modificó de modo importante el alcance originario de ambos sectores. El problema que queda vigente, no obstante, es la diversidad de ciertas soluciones particulares, que se refleja en diferentes plazos de prescripción, distinta extensión de la responsabilidad según el grado de las consecuencias tenidas en mira, una cierta restricción diferencial a la reparabilidad del daño extrapatrimonial, etc.

La unificación propuesta, en consecuencia, intenta superar esta heterogeneidad y uniformar soluciones. Claro está que subsisten particularidades inherentes al fenómeno contractual y que, dada su connaturalidad con relaciones genéticamente diferentes, no pueden eliminarse por mera vía de regulación de las responsabilidades emergentes. No obstante, se intenta generar un sustrato normativo común, único y claro para ambas áreas.

Los factores de atribución: sectores objetivos y subjetivos

En lo relativo a los factores de atribución de responsabilidad, el nuevo sistema intenta un delicado equilibrio entre factores objetivos - explícitamente definidos de tal modo¹- y subjetivos. El punto merece una exposición mucho más detallada para reflejarlo, pero al menos corresponde advertir que el ambiente jurídico argentino admite con naturalidad la distinción entre factores objetivos y subjetivos y distingue dentro de los primeros varios más que el riesgo. A diferencia de corrientes de pensamiento más clásicas que hacen sinónimas las denominaciones responsabilidad por riesgo y responsabilidad objetiva,² o que se concentran en la carga de la prueba para definir la naturaleza de la responsabilidad implicada, la distinción de factores de atribución como elemento autónomo, es un tópico en la doctrina y jurisprudencia argentinas de las últimas décadas.

Un amplio debate se ha generado en torno de la importancia relativa de los factores objetivos de atribución y de la culpabilidad -lato sensu- dentro del sistema de responsabilidad civil. El proyecto, en este aspecto, contiene una norma de clausura que deja como residual la responsabilidad por culpa para los casos en los que no se prevea otro factor de atribución, pero amplía notablemente el sector correspondiente a los factores objetivos en la responsabilidad directa. Así, mientras el sistema actual de derecho común sitúa la principal fuente de atribución objetiva de responsabilidad en los daños causados por el hecho de las cosas riesgosas, en el cuerpo proyectado se dilata el área de lo objetivo para abarcar expresamente las actividades especialmente peligrosas (realizadas por un individuo o por un grupo). En contrapartida, un supuesto que buena parte de la doctrina encuadraba dentro del campo objetivo - el atinente a la obligación implícita de seguridad a cargo del realizador de ciertas actividades- se legisla como subjetivo, aunque el modo de definir el factor de atribución es aquí muy particular. El especial diseño de esta institución, sobre el cual me detendré brevemente más adelante, hace oportuno introducir dos nuevos cauces generales del proyecto, ambos muy destacables. En primer lugar, un énfasis muy especial en la prevención; luego, en lo que resulta una verdadera novedad legislativa en el derecho latinoamericano (y también, en todo el ámbito del derecho de tradición romanista), la expresa y declarada admisión de fundamentos de eficiencia para el diseño de instituciones de derecho común.

La prevención y la eficiencia como objetivos del sistema

El primero de los aspectos, incluir la prevención dentro del sistema de daños del derecho común, implica una decisión de política legal muy definida en cuanto a las funciones y finalidades propias del derecho de daños (Díez Picazo, 1999). La Comisión redactora expresa, explicando tal decisión:

La prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia... En el Proyecto la prevención tiene lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendientes a instarla, y la tutela inhibitoria..

Esta afirmación define una línea muy rica en implicaciones. En primer lugar, queda claro que el nuevo sistema incluye dentro de los objetivos primarios del derecho de daños, la prevención. Siguiendo el lenguaje de Calabresi (Calabresi, 1970) puede afirmarse que se ocupa intencionalmente de la misma, tanto en su faz de prevención específica, o dependiente de coerción directa (specific deterrence), como de la prevención inducida por la creación de incentivos generales, orientados a esa finalidad (general deterrence o market deterrence). Esta distinción de conceptos puede ser cuestionable en cuanto a su pureza técnica, pero resulta muy gráfica. A los fines que aquí nos interesan, se atiende a la prevención por coerción directa cuando se habilita la posibilidad de que los jueces dispongan de medidas para evitar el daño futuro o la cesación del que se prolonga en el tiempo, en el área de la denominada tutela inhibitoria, mediante órdenes asimilables a las injuncions del Common Law.

En cuanto a la alineación de incentivos tendiente a la disuasión general, es claro que ese efecto puede predicarse, en alguna medida, de cualquier sistema de responsabilidad de los usuales. En este sentido, se discurre habitualmente, y es el punto de partida del análisis económico del derecho de daños estándar, que la responsabilidad genera incentivos para prevenir. Este argumento parte de la base de ciertos presupuestos: que los agentes se enfrentan a la posibilidad de afrontar las consecuencias negativas que se derivan del régimen de responsabilidad del que se trate y se comportan racionalmente, integrando a su cálculo las indemnizaciones a afrontar o a percibir, juntamente con sus costes de prevención, su nivel de actividad y los beneficios a obtener de la actividad que emprendan. En ese género de razonamientos la función preventiva de la responsabilidad deriva de las hipótesis básicas de los modelos empleados, dado que el esfuerzo en prevención es función del sistema de responsabilidad que se imponga. En virtud de esa clase de relaciones, el diseño concreto de cada sistema de responsabilidad puede generar, de modo contingente, incentivos más o menos correctos con relación a la finalidad que persiga. Encuadrado el tema de este modo, cualquier sistema de responsabi-

dad, aún en contra de la voluntad de sus autores, puede ser analizado desde el punto de vista de su aptitud preventiva.

La novedad aquí, empero, es que, de modo explícito, se procura el diseño de normas tendientes a una distribución eficiente del deber de prevenir. Este modo de proceder resulta una derivación de la decisión de adoptar la eficiencia como uno de los objetivos generales del sistema, lo cual es una novedad mayúscula en el Civil Law, y resulta digna de una mirada detenida. En varios sectores de los fundamentos al proyecto se observan corolarios de esa aspiración. Por ejemplo, en la distribución de cargas probatorias se afirma haber seguido el criterio general de cargar con la prueba a quien está en mejor condición de producirla. También, al fundamentar la propia opción por la unificación de las materias civil y mercantil, se habla de la inseguridad jurídica derivada de esa distinción tradicional y de la ineficiencia resultante. Asimismo, al regular las disposiciones generales relativas a la responsabilidad civil, se establece el deber genérico de toda persona de prevenir el daño: de evitar causar un daño no justificado, de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca o disminuir su magnitud y de no agravarlo si ya se ha producido. Y en varios sectores de la regulación del derecho de contratos se procede del mismo modo. Pero donde seguramente la meta en cuestión se expone con más claridad es en lo concerniente a la obligación implícita de seguridad. Explica la comisión redactora respecto del diseño que elige para esta institución:

Se asigna la obligación tácita de seguridad a quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de aquella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes; y si, además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado. Esta fórmula ha sido prevista atendiendo a los criterios de eficiencia: se trata de la idea del *cheapest cost avoider*, esto es, la de exigir cierta conducta a quien, con menores costos, puede evitar el daño.

La llamada obligación implícita de seguridad, como es conocido, nació por obra de la doctrina y jurisprudencia (en Francia, básicamente desde Shidi Hamida Ben Mahmoud c. Cía. Gral. Transatlántica, Court de Casación, 1911) que interpretó que en determinados contratos, además de las prestaciones explícitamente comprometidas, una de las partes debía a la otra una cierta garantía de su seguridad personal o de sus bienes. Este recurso sirvió para facilitar la posibilidad de obtener indemnización en algunos supuestos en los cuales la aplicación de las reglas clásicas de la responsabilidad civil extracontractual (básicamente, la necesidad de acreditar la culpa del causante del daño), tornaban altamente improbable ese resultado. El desarrollo de esa institución siguió un largo y, a menudo, complejo camino hasta nuestros días. En el derecho argentino, aunque existen varios supuestos especiales en los cuales se legisla esta obligación, no existe ninguna norma de derecho común que la imponga con carácter general. El proyecto, en este punto, introduce una regla expresa. Establece, de este modo, una distinción entre actividades especialmente peligrosas, las que determinan responsabilidad objetiva para quien las realiza, y actividades en general (o genéricamente peligrosas), respecto de las cuales se impone esta obligación de seguridad. La naturaleza de la responsabilidad es, en el caso, subjetiva. El car-

gado con la obligación se libera de responsabilidad si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas y debe tomar esas medidas si ...además, puede prevenir el daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado.

Lo notable del tema es que, excediendo el limitado alcance originario de esta institución, el proyecto la emplea para definir una parcela muy importante del alcance de la culpa, y lo hace introduciendo una directiva claramente orientada a la eficiencia. Da, de este modo, una pauta de origen legal para determinar cuándo existe el deber de prevenir, con relación al daño esperado, y lo distribuye - de modo explícito- de acuerdo a la aptitud relativa de las partes para procurarlo. El análisis específico de la incidencia de esta institución en el régimen global de responsabilidad, tanto como la estrategia de introducir instituciones con finalidad eficientista, en sistemas de objetivos múltiples, son puntos cuyo planteo determina desafíos propios y poco usuales dentro del programa de investigación tradicional del derecho civil continental, pero cuya exploración no puede soslayarse (Acciarri, 1999; Acciarri, Castellano, Barbero, 1999).

La limitación cuantitativa de la responsabilidad objetiva. Los costes de transacción

Finalmente, ese juego de equilibrios que propone el proyecto intenta completarse con la limitación cuantitativa de la responsabilidad objetiva. Así, se establece un tope o límite máximo general aunque con escape, sea por la verificación de ciertas circunstancias obstativas (falta de seguro cuando se debiera contratarlo, omisión de poner la indemnización a disposición del damnificado en tiempo propio por parte de la empresa aseguradora, gran discapacidad de la víctima, etc.) o por la omisión de las medidas de prevención razonablemente adecuadas, lo que no es más que decir que si concurre su culpa, el dañador no puede prevalerse de esa limitación de responsabilidad, por lo cual queda circunscripta únicamente a lo objetivo. Por otra parte, tampoco resultan alcanzados por los límites cuantitativos de responsabilidad los casos de reparación de daños a los intereses de incidencia colectiva, para los cuales se dispone un régimen particular.

El tope se constituye como un modo de contribuir a la disminución de los costes de transacción derivados de la variabilidad innecesaria de las sentencias, que a su vez - se entiende - dificulta la posibilidad de acuerdos voluntarios,³ incrementando ineficientemente la litigiosidad. La intención resulta ponderable, aunque el procedimiento, más allá de alguna creencia tradicional al respecto, no es el camino necesario para arribar a la meta buscada (Pintos Ager, 2000) y compromete, además, otros objetivos. Por otra parte, cabe también recordar que existe una distinción clara entre los efectos de los baremos y de los topes o techos, modalidades generadoras de consecuencias económicas diversas, que se reflejan - ya fuera del área estrictamente concerniente a la litigación- en un particular juego de subsidios implícitos (Acciarri, Castellano, Barbero, 2000), a veces altamente distorsivo.

A favor de la decisión adoptada por los autores del proyecto se han invocado ciertos efectos menos evidentes (una cierta función docente de la norma, que tendería a uniformar las indemnizaciones por muerte cerca del techo, corrigien-

do alguna tendencia a la sub-cuantificación; algunos efectos sobre las expectativas de los actores implicados en cuanto a la contención de la futura política judicial de determinación de indemnizaciones, más allá de las variaciones macroeconómicas violentas, etc.) y la instauración de un juego de incentivos tendiente a impulsar ciertas conductas, necesarias para lograr el amparo de esa limitación.⁴ Vista de este modo, la limitación cuantitativa, tal cual está reglamentada operaría en otras dimensiones, que exceden el problema relacionado meramente con la variabilidad innecesaria y sus costes.

Retornando a esa búsqueda de previsibilidad sobre el quantum de las sentencias (o mejor, de previsibilidad barata), contribuye a ese mismo objetivo una regla expresa acerca del modo de determinar indemnizaciones por incapacidades laborales producidas por hechos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley especial, y por lo tanto, no barremadas. La misma impone otorgar un capital, de tal modo que sus rentas cubran la mengua de la aptitud del damnificado para realizar actividades remunerables, y que se agote al tiempo en que probablemente concluirá su vida. Puede afirmarse que, aún con los problemas conocidos para su aplicación, estos criterios parecen preferibles a la discrecionalidad absoluta e incausada, modalidad ésta (afortunadamente en retirada en la práctica judicial argentina) que conduce a determinar una suma global antojadiza, basada en un criterio propio, incomunicable e impredecible del juzgador de turno.

Colofón

Los mínimos comentarios que anteceden no exceden de la impresión, siempre subjetiva, que provoca el contacto con el proyecto aludido. Como suele suceder en toda síntesis, quizás lo más notorio sean sus omisiones. Algunas, son intencionales. En el convencimiento de su menor interés, quedaron sin referencia aquellas materias cuya regulación se aparta poco del estándar tradicional, o que persiste en temperamentos precedentes y conocidos. No obstante, innovaciones notorias para un cuerpo legal de esta naturaleza han quedado, también, pendientes de comentario. Las disposiciones atinentes a los daños de incidencia colectiva y a la legitimación para acceder a la justicia; la introducción de multas civiles a la manera de punitive damages; la consideración específica de las grandes discapacidades (sea para exceder el límite cuantitativo de la responsabilidad o para extender la legitimación a los damnificados indirectos vinculados con la víctima); las disposiciones referidas a supuestos de responsabilidad colectiva; y una inmensa lista de etcéteras integran esta lista de faltantes y constituirán la materia de trabajo de generaciones de juristas, si el proyecto llega a convertirse en ley.

Para concluir, parece posible arriesgar una evaluación, al menos preliminar, sobre la regulación del régimen de responsabilidad contenido en el proyecto y de la misma surge un saldo claramente favorable. Resulta encomiable, de manera inicial el modo de ver el derecho que se trasluce en las instituciones que lo conforman. Subyacen en el sistema propuesto rasgos de eclecticismo y progresividad valorables en materia de diseño social, una preocupación definida por las consecuencias empíricas de las normas y una visión clara de

los problemas centrales de la materia regulada, que no pueden menos que elogiarse. Y conforman un instrumento razonable para contribuir al desenvolvimiento social, que, aunque modesta, es quizás la meta superior a la cual puede aspirar una ley civil o un código de derecho privado.

Los objetivos de prevención y eficiencia en el derecho de daños

Referencias bibliográficas

- Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, 1998, <<http://www.jus.gov.ar/minjus/novedades.htm>>
- Hugo A. Acciarri, La Obligación Tácita de Seguridad. En Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Tomo 72-B, 1999, pág. 45 y ss.
- Hugo A. Acciarri, Andrea Castellano y Andrea Barbero, Análisis económico de la responsabilidad civil: la obligación tácita de seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1998, (en Anales de la Asociación Argentina de Economía Política, 1999, <http://www.aaep.org.ar/espa/anales/resumen_99/acciarri_castellano_barbero.htm>)
- Riesgos y accidentes de trabajo: el caso argentino. Algunas reflexiones desde la perspectiva del análisis económico del derecho, (en Anales de la Asociación Argentina de Economía Política, 2000, <http://www.aaep.org.ar/espa/anales/resumen_00/acciarri_castellano_barbero.htm>)
- Atilio Anfbal Alterini, Informe Sobre la Responsabilidad Civil en el Proyecto de Código Civil de 1998, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 1999-C, pág. 860 y ss.
- Sobre las Disidencias con el Proyecto de Código Civil de 1998, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 1999-D, pág. 964 y ss.
- Sobre Algunas Observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 en Materia de Responsabilidad, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 1999-D, pág. 1059 y ss.
- Roberto H. Brebbia, El Requisito de la ilicitud en el Sistema de Responsabilidad Civil elaborado en el proyecto del Código Civil de 1998, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 2000-C, pág. 1107 y ss.
- Guido Calabresi, The Costs of Accidents. A legal an Economic Analysis, New Heaven, 1970.
- Miguel Federico De Lorenzo, El Daño y las Causas de Justificación. A propósito del proyecto de Código Civil de 1998, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 2000-C, pág. 975 y ss.
- Luis Díez Picazo, Derecho de Daños, Civitas, Madrid, 1999.
- Roberto M. López Cabana, La Responsabilidad Civil en la XIII Conferencia Nacional de Abogados, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, suplemento diario del 10 de julio de 2000, pág. 1 y ss.
- Jorge Mosset Iturraspe, La 'Multa Civil' o Daño Punitivo. Comentario al Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 2000-B, pág. 1.277 y ss.

- Alberto Juan Pardo, La Responsabilidad Civil en el Proyecto de Código Civil. Comisión Decreto 685/95 en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 1999-F, pág. 1.269 y ss.
- Jesús Pintos Ager, Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos, <<http://www.InDret.com/>>, noviembre de 2000.
- Fernando Alfredo Sagarna, La Responsabilidad Civil en el Último Año del Siglo XX. Síntesis de una Evolución, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, suplemento diario del 17 de julio de 2000, pág. 1 y ss.
- Blas Osvaldo Simone, Limitación Cuantitativa de la Responsabilidad en el Proyecto de Código Civil de 1998, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 2000-A, pág. 1.183 y ss.
- Matilde Zavala de González, Algunas Observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 En materia de responsabilidad, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol. 1999-D, pág. 877 y ss.

El autor agradece los aportes de Andrea Castellano, Andrea Barbero y Pamela Tolosa. Los errores que subsisten son, no obstante, íntegramente de su responsabilidad.

Notas

1. El proyecto establece (T. IV, cap. 1, sección cuarta) que la responsabilidad se denomina objetiva si, conforme a la ley o a la estipulación de partes, la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla.
2. Un ejemplo de esa tendencia se trasluce en algunos párrafos de la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 29 de junio de 2000, en la cual, por ejemplo, se hace referencia a ...supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo... sugiriendo una equivalencia entre ambos géneros de supuestos. En este trabajo, en cambio, se resalta una fuerte conciencia imperante en el ambiente doctrinal y jurisprudencial argentino, en cuanto a que el riesgo es sólo uno de los factores de atribución objetiva de responsabilidad y a que la teoría general de la responsabilidad es unitaria para la derivada de cualesquiera factores.
3. Resulta muy llamativa la cita directa del pensamiento de Richard Posner en los fundamentos del proyecto, cuando se ocupa de este punto, fuente ciertamente infrecuente de la legislación en área romanista.
4. Me refiero concretamente a favorecer el aseguramiento (voluntario) y el pronto pago de indemnizaciones, condiciones necesarias para que opere el tope (art. 1634, incs. b y c)

El primer aspecto que se debe tener en cuenta es el de la responsabilidad en el trabajo. En el mundo actual, la responsabilidad es un concepto que ha adquirido una gran importancia. Esto se debe a que cada vez más personas están buscando un sentido a su vida y a su trabajo. Por lo tanto, es necesario que cada uno de nosotros sea consciente de nuestra responsabilidad y actúe en consecuencia.

En segundo lugar, es importante tener en cuenta el aspecto de la comunicación. En un mundo tan globalizado como el nuestro, la comunicación es una herramienta esencial para el éxito. Debemos aprender a comunicarnos de manera efectiva, tanto a nivel personal como profesional. Esto implica escuchar activamente, expresar nuestras ideas con claridad y ser capaces de resolver conflictos de manera pacífica.

Finalmente, no debemos olvidar el aspecto de la ética. La ética es el conjunto de principios y valores que rigen el comportamiento humano. En un mundo donde la tecnología avanza rápidamente, es crucial que mantengamos altos estándares éticos y actuemos con integridad y honestidad.

En tercer lugar, es importante tener en cuenta el aspecto de la salud. La salud es el fundamento de todo éxito. Debemos cuidar nuestro cuerpo y nuestra mente, practicando hábitos saludables como el ejercicio regular, una alimentación equilibrada y el descanso adecuado. Además, es importante tener una actitud positiva y resiliente ante los desafíos de la vida.

En cuarto lugar, es importante tener en cuenta el aspecto de la educación. La educación es la llave para el futuro. Debemos comprometernos con el aprendizaje continuo, tanto formal como informal. Esto nos permitirá adquirir nuevas habilidades y conocimientos que nos ayudarán a adaptarnos a un mundo en constante cambio.

En quinto lugar, es importante tener en cuenta el aspecto de la responsabilidad social. Como ciudadanos, tenemos el deber de contribuir al bienestar de nuestra comunidad y del planeta. Esto implica participar activamente en actividades cívicas, apoyar causas justas y adoptar prácticas sostenibles.

En sexto lugar, es importante tener en cuenta el aspecto de la creatividad. La creatividad es una habilidad esencial para resolver problemas y generar ideas innovadoras. Debemos fomentar nuestra creatividad, permitiéndonos pensar fuera de la caja y experimentar con nuevas ideas y enfoques.

En séptimo lugar, es importante tener en cuenta el aspecto de la perseverancia. El éxito no siempre llega de inmediato, pero con perseverancia y dedicación, podemos superar cualquier obstáculo. Debemos mantenernos comprometidos con nuestros objetivos y no rendirnos ante las dificultades.

SECCIÓN PENSAMIENTO

FERNANDO PACHÓN LINERO

¿Qué es ética?

CÉSAR MONTÚFAR

Sobre El Príncipe y su virtud

VLADIMIR SERRANO PÉREZ

Entre revueltas, rebeliones y revoluciones: de Octavio Paz a Erich Fromm

JORJE ZALLES

¿Ayudan los diálogos a resolver problemas sociales?

¿Qué es Ética?

Fernando Pachón Linero

Jaeger en su *Paideia*,¹ at inicio, expresa que: La EDUCACIÓN es una función tan natural y universal de la comunidad humana, que por su misma evidencia tarda mucho tiempo en llegar a la plena conciencia de aquellos que la reciben y la practican. Así, su primer rastro en la tradición literaria es relativamente tardío. Su contenido es en todos los pueblos aproximadamente el mismo y es, al mismo tiempo, moral y práctico. Tal fue también entre los griegos. Reviste en parte la forma de mandamientos, tales como: honra a los dioses, honra a tu padre y a tu madre, respeta a los extranjeros; en parte, consiste en una serie de preceptos sobre la moralidad externa y en reglas de prudencia para la vida.

En el párrafo siguiente, en lo tocante, el texto concluye: La educación no es posible sin que se ofrezca al espíritu una imagen del hombre tal como debe ser.

Esta especie de epígrafe conduce desde ya a afirmar que la moral es producto de la educación y que es un deber ser preestablecido dentro de una cultura específica.

Ahora bien, determinada grosso modo la moral, fuerza obliga, de idéntica manera, pensar en la deontología y en la política, y para ello qué mejor que servirse de María Moliner –Diccionario de Uso del Español– y de la Real Academia, que las define en su orden:

Para María Moliner, deontología es, teniendo en cuenta sus raíces, el “Tratado de los deberes. Particularmente, en una actividad o campo determinado: Deontología profesional. Deontología Médica.”²

La Real Academia, en el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, expone hoy a la política, en una de sus acepciones, como: Orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinados. Otrora, para este mismo máximo orden de la lengua, en más feliz, completo y perdido significado, la política fiel a su etimología y razón, era el Arte de gobernar y dar leyes y reglamentos para mantener la tranquilidad públicas, y conservar el orden y buenas costumbres.³

Entonces, tanto la moral, la deontología y la política contienen ideales de conductas o comportamientos, generalmente abarcados en normativas producto de tradiciones orales elevadas a férreos escritos, con lo que de contera nos aproximamos a la Ley, tablas de mandamientos, que a su vez enclaustran sanciones: quien peca no irá al cielo; será expulsado del Colegio de Ingenieros, aquel miembro que; el que robe, tendrá prisión; etcétera, etcétera.

Juicios de valor, de los que se ha servido el hombre en su recorrido por el tiempo, para formular respetadas y profundas filosofías e ideologías, que guardan virtudes con contenidos de felicidad y de libertad, en el fondo, directri-

ces encaminadas a una armónica convivencia, sobre todo para hacer posible la vida en las ciudades.

Pero, imperativos, que también han sido el instrumento para sojuzgar al hombre, principalmente en los Estados totalitarios, o a cobijo de inminentes peligros y verdades reveladas, desdibujándolo de su naturaleza creadora.

Moral, deontología y política, que todos los días equívocamente son elevadas al rango de ética. Por ejemplo, se lee constantemente: ante la venalidad de los políticos se requiere la elaboración de un Código Ético o es necesario frente a la manipulación de células madre, establecer reglas éticas. Necesidades surgidas con base en razones de índole moral o políticas, que llevan parejo establecer tratados de deberes destinados a cierto grupo. Deontología, inspirada en el asidero de proteger al resto de la colectividad.

O, igualmente afirmar, porque el Padre Angel, en el entorno figurado del Coronel ha excomulgado a uno de sus feligreses por haberse recreado en una película sentenciada desde la torre de la iglesia al compás de doce campanadas, que ese desobediente obró en contra de la ética.

Dentro de este orden de conceptos, tampoco, cuando en nuestra natural búsqueda de aprobación, surgen verbi gratia los vocablos: honor, respeto, éxito, hipocresía., se encuentra la respuesta correcta a la valoración ética.

Pongamos de manifiesto, a la telenovela Betty la fea: Este personaje en la serie, pasa del rechazo (cenicienta) a cosechar un total aplauso (honor, respeto, éxito) por maquillar un balance de una empresa, como después Enron, en detrimento de terceros acreedores: lo que en justa retribución le merece cobrar inmediata belleza para completar la seducción de su jefe, quien ya tiene un vínculo afectivo. ¡Ella! educada por un contador, dentro de la más estricta moral cristiana!

De donde, anticipadamente podemos inferir, que el fiel excomulgado podrá ser inmoral, pero su comportamiento ético, en tanto que la inocente muchacha del programa, no únicamente es inmoral sino merecedora de un cuestionamiento ético.

En exceso de imágenes, es dable afirmar, que Madame Bovary se encontraba desmoralizada, o que el ejército de Napoleón en Rusia tenía la moral baja, o que el premio Juan Rulfo elevó la moral a Julio Ramón Riveiro, que existe una moral musulmana, que Lutero y Calvino eran moralistas, que la doble moral... en fin.

En contrario, afirmaciones equivalentes están proscritas de la ética, que ad sanitatem reverti insistiré, no está contenida en la moral, ni en la deontología, ni en la política, no obstante, las más de las veces ellas confluir en tal categoría.

Sin embargo, no es posible concebir un actuar ético que no provenga de una conducta informada dentro de una mo-

ral, desde el principio entendida, reitero, como la imagen del hombre tal como debe ser, bien, para contrariar esa imagen y crear un nuevo hombre, del que se puede como en el símil del feligrés atrás referido, decir de él, que es inmoral pero que su actitud se encuentra enmarcada en lo ético.

Caso ajeno a la ética, lo amoral, paradigma, el del psicópata que en su patología, invade a un grupo descargando indiscriminadamente un arma, por el prurito de matar. No, el proceder de Emma Zunz en *El Aleph*, que por honor, al haber sido difamado su padre, en simulada defensa propia, pone fin a la existencia del Señor Loewenthal, borgiano crimen perfecto, propio de un análisis ético.

Retomemos la Política, para presentar a la Ley, hasta aquí simplemente enunciada, y formular un último esbozo, que impone de nuevo asirnos de La Paideia, en donde, dentro de la evolución de la Areté del hombre Griego, -suma de excelencia y valores- en su búsqueda de la justicia, se delimitan dos categorías: *themis* y *diké*, que nos permiten finalmente, abordar la ética:

Así como *themis* se refiere más bien a la autoridad del derecho a su legalidad y validez, *diké* significa el cumplimiento de la justicia. Así se comprende en un tiempo de lucha por la aspiración al derecho de una clase, que hasta entonces había recibido el derecho sólo como *themis*, es decir, como una ley autoritaria, la palabra *diké* se convirtiera necesariamente en bandera. La apelación a la *diké* se hizo cada día más frecuente, más apasionada y más apremiante.⁴

Del mismo modo que el *diké*, la ética, significa el cum-

plimiento de la justicia, pero justicia que para cumplirse, no tiene, ni puede llevar de suyo, a una norma impuesta, asignación de lo recto. Es nuestro comportamiento frente al otro, por el otro mismo, no porque sea delito dejar de cumplir un precepto. El comportamiento ético es ajeno a cualquier prohibición, al sacrificio que conduce a las puertas del cielo.

La ética radica en que no se encuentra dentro del deber ser, la ética es una valoración objetiva del ser, de ese comportamiento que tuvimos con el otro. Ética sin el otro, no es posible. Manejo del deseo que conduce a la creación. Manifestación y metamorfosis de los lenguajes, asimismo, de lo erótico.

A guisa de conclusión y metáfora, el comportamiento asentido en la valoración objetiva del ser, de antemano lo enunció Foucault, trae consigo un desarrollo estético ante el entorno. Poesía que no tiene máximos ni mínimos, que no pende de las buenas costumbres impuestas por una cultura. Ética, que es universal a todas las organizaciones sociales desde que la humanidad existe; por consiguiente, no es objeto de transformación ni gradaciones. Por lo delineado, no satisface la forma en que se aborda la Ética en los diccionarios de la lengua, muestra la Vigésima Segunda Edición citada, que incluye en una sola noción Ética, Moral, Deontología y Política: 2 Recto, conforme a la moral.- (...) 4 Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.- 5 Conjunto de normas morales que rigen la conducta humana. Ética profesional.

Notas

1. Werner Jaeger, PAIDEIA, Fondo de Cultura Económica, Decimocuarta Edición, 2000, página 19.
 2. María Moliner, Diccionario de Uso del Español, Gredos
 3. Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española, Real Academia Española, Espasa Calpe, Segunda Edición, 1981.
 4. Paideia, página 107.
- * Por lo delineado, no satisface la forma en que se aborda la Ética en los diccionarios de la lengua, muestra la Vigésima Segunda Edición citada, que incluye en una sola noción Ética, Moral, Deontología y Política: 2 Recto, conforme a la moral.- (...) 4 Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.- 5 Conjunto de normas morales que rigen la conducta humana. Ética profesional.

Sobre El Príncipe y su virtud

César Montúfar

"Dios no quiere hacerlo todo, para no quitarnos el libre albedrío y parte de la gloria que nos corresponde."

En este corto ensayo no pretendo agotar la riqueza del texto que fundó la modernidad política. Busco borrar unas pocas líneas sobre el concepto de virtud en El príncipe de Nicolás Maquiavelo, y desde allí esbozar su pertinencia sobre la práctica de la política en el presente. Considero que una ventana para acceder al pensamiento político de Maquiavelo es, precisamente, su noción de virtud. En ella, y en las diferentes acepciones que este término cobra a lo largo del libro, se encuentra el meollo y ambigüedad con que el autor florentino miró a la política y a la misión del político, el príncipe, en pleno renacimiento italiano. En parte dicha ambigüedad, y al mismo tiempo riqueza, se encuentra la forma como nosotros, aún hoy, miramos los actos políticos como una dimensión de la vida humana que paralelamente admiramos o repudiamos, adscribimos o la consideramos producto de la moral más detestable.

Para iniciar esta discusión reescribamos textualmente un segmento del capítulo con que Maquiavelo abrió su obra maestra, capítulo en donde sitúa el papel de la virtud y la fortuna en la adquisición de las distintas clases de principados. Maquiavelo dice:

Todas las formas de gobierno y todos los territorios en los que han sido dominados los hombres han ejercido su autoridad por medio de una república o de un principado. Los principados pueden ser: hereditarios o adquiridos. Los adquiridos son, ya de nueva formación en todo, caso de Milán para Francisco Sforza, ya a manera de miembros añadidos al antiguo Estado del príncipe que se anexiona el nuevo principado, como lo ha sido el reino de Nápoles con respecto al rey de España. Los dominios adquiridos de esta manera se ven obligados a vivir bajo el poder de un príncipe, o bien pueden vivir libres; el príncipe que los adquirió lo hizo por medio de armas ajenas, o con sus mismas armas, y fueron la fortuna o la virtud las que lo permitieron.²

El libro despacha en unas cuantas frases del capítulo 2 lo pertinente a los principados hereditarios y se concentra, en los veintitrés capítulos restantes, en los dominios nuevos y adquiridos. De entre los segundos, la discusión principal se centra en aquellos obtenidos no por armas ajenas sino con sus mismas armas, y allí Maquiavelo nombra los dos términos en que enfocaremos nuestro análisis: fortuna y virtud.

Según la concepción medieval, fortuna es suerte, generalmente negativa. La fortuna ayuda a la virtud, sin fortuna la virtud puede fracasar.³ En El príncipe, la fortuna es responsable de la mitad de nuestras acciones, pudiendo la otra mitad ser gobernada por los hombres. La fortuna domina el

destino humano cuando no encuentra virtud que la resista. Las virtudes se oponen y resisten a la suerte. Por ello, el príncipe que se apoya sólo en la suerte, se entrega totalmente a ella, y se desmorona cuando ésta cambia. Debe, en ese sentido, armonizar su accionar con las circunstancias o las condiciones de la fortuna en que le toca vivir... es feliz aquel que armoniza su modo de proceder con la calidad de las circunstancias, y de la misma manera que es infeliz aquel cuyo proceder está en discordancia con los tiempos.⁴

En la perspectiva de Maquiavelo, la fortuna, además de referirse a la suerte, es parte de las circunstancias, negativas o positivas, en que se desenvuelven las acciones del príncipe. La fortuna es el contexto en el que ocurre su intervención política; es el campo exterior a su voluntad; el campo de lo no controlado y contingente a su acción y a su habilidad. El príncipe debe incidir sobre las circunstancias. No puede limitarse a guardar una posición pasiva frente a ellas sino dominarlas con ímpetu y audacia. Maquiavelo feminiza a la fortuna, masculiniza a la virtud y a la acción.

mejor ser impetuoso que circunspecto, porque la fortuna es mujer: y es necesario, cuando queremos tenerla sumisa, zurrarla y zaherirla. Se ve, en efecto, que se deja vencer más por éstos, que por los que proceden fríamente. Por otra parte siempre, como mujer, es amiga de los jóvenes, porque son menos circunspectos, más iracundos y le mandan con más audacia.⁵

La feminización de la fortuna es muy expresiva respecto a la tensión que existe entre fortuna y virtud en el pensamiento de Maquiavelo. El sometimiento de la fortuna, de la suerte y de las circunstancias debe valerse del ímpetu y la audacia del príncipe, aquí consideradas virtudes suyas. Necesita hacer uso de la fuerza de su voluntad; zurrar, herir, zaherir a la suerte para mandar sobre ella y volverla sumisa.

Si la noción maquiavélica de fortuna tiene, al menos, un doble significado, el concepto de virtud es mucho más complejo y puede dar lugar a múltiples interpretaciones. De acuerdo a George Bull, uno de los traductores de El príncipe al inglés, el significado de las palabras que utiliza Maquiavelo no deben ser interpretadas en su sentido moderno. En el caso de la palabra virtud, Maquiavelo la utilizó de manera libre y sin mayor rigurosidad, casi siempre como antítesis de la fortuna, para significar algunas veces voluntad de poder, otras eficiencia, otras virtudes.⁶ Guido Castillo, otro traductor de Maquiavelo, sostiene que el autor florentino entiende la palabra virtud como fuerza interna y activa del hombre, la cual, incluso, podía vencer a la suerte.⁷ Esta fuerza interna, sin embargo, es racional. Se relaciona con la capacidad de comprender en términos racionales el entorno o las circunstancias para canalizar la voluntad de quien quiere adquirir un principado. En ese sentido, virtud podría

entenderse como fuerza interna más racionalidad, más talento. Complementariamente, Leo Strauss y Joseph Cropsey entienden virtud como una cualidad distinta a la bondad. La bondad es característica de la población ocupada de asuntos pacíficos, mientras que la virtud es requerida por gobernantes y soldados. Aún más, el término bondad está relacionado con obediencia, y la obediencia debe ser una cualidad del pueblo y no de quien tiene vocación de poder. Quien gobierna, es decir quien manda y no obedece, se encuentra exento de atar su comportamiento a la bondad. Para el gobernante y el soldado rige la virtud, cualidad que no excluye la utilización de medios despojados de todo escrúpulo moral. El uso, de acuerdo a las circunstancias, de actos morales y de vicios se encuentra en el rango de posibilidades para quien manda.

El capítulo 15 de *El príncipe* nos ofrece una muestra del maquiavelismo clásico, así entendido como la concepción de que el fin justifica cualquier medio, lícito o ilícito, y como una advertencia sobre el costo que tiene para el gobernante el mantenerse en el reino imaginario de la bondad. Allí el autor aclara que su misión es seguir la verdad real de la materia y no los desvaríos de la imaginación concerniente a ella y, a renglón seguido, sostiene:

Hay tanta distancia de cómo se vive a cómo se debería vivir, que el que deja el estudio de lo que se hace para estudiar lo que se debería hacer aprende más bien lo que debe obrar su ruina que lo que debe preservarle de ella: porque un hombre que en todas las cosas quiera hacer profesión de bueno, entre tantos que no lo son, no puede llegar más que al desastre... Y yo sé que todos confesarán que sería cosa muy loable que en un príncipe se encontraran todas las cualidades mencionadas, las que son tenidas por buenas: pero, como no se puede tenerlas todas, ni observarlas a la perfección, porque la condición humana no lo consiente, es necesario que el príncipe sea tan prudente que sepa evitar la infamia de los vicios que le harían perder el Estado, y preservarse, si le es posible, de los que no se harían perder; pero si no puede, estará obligado a menos reserva abandonándose a ellos. Sin embargo, no tema incurrir en la infamia de aquellos vicios sin los cuales difícilmente pueda salvar al Estado; porque, si se pesa bien todo, se encontrará que algunas cosas que parecen virtudes, si las observa, serán su ruina, y que otras que parecen vicios, siguiéndolas, le proporcionarán su seguridad y su bienestar.⁹

Luego de revisar este fragmento, sería muy fácil quedarnos en el simple repudio al maquiavelismo, típico en la mayoría de interpretaciones de *El príncipe*. Propongo, en cambio, explorar las premisas de su realismo y dejar, al menos por un momento, los descarnados y crudos ejemplos con los que intentó graficar sus consejos a Lorenzo de Médicis. Para ello, quizá, debemos partir de un masoquista ejercicio anti-estético consistente en abstraernos de su fascinante forma, de hecho *El príncipe* es uno de los textos fundacionales de la lengua italiana, y referimos más bien a las ideas que subyacen a aquellas vívidas y alucinantes prescripciones. Advertido mi inseguridad de que lo propuesto sea riguroso y posible, pues al leer *El príncipe* no podemos olvidar jamás que se trata de un libro de recomendaciones políticas y que la belleza y expresividad del texto se hallan subordinadas a su propósito prescriptivo.

Pero retornemos al párrafo transcrito del capítulo XV. La premisa sobre la que descansa la prosa de Maquiavelo es que el gobernante no puede actuar en el mundo imaginario del deber ser. Su campo de acción no se sitúa en el ámbito de las ideas o de sus sentimientos y afecciones, sino en lo que la condición humana le consienta. El gobernante actúa y debe responder a esa condición, la misma que le exige discernir entre lo que le permitiría conservar o perder su Estado. El aspecto central es ubicar las condiciones reales de la intervención política, renunciando a lo deseable para alcanzar el orden político posible. Maquiavelo propone un descenso de la imaginación a la realidad; del deber ser a la existencia. El maquiavelismo no consiste en hacer el mal por el mal, sino en distinguir lo posible de lo deseable y desde allí intervenir en la realidad. Esta distinción, que posiblemente hoy nos parece obvia, es sin lugar a dudas uno de los mayores aportes de Maquiavelo al pensamiento y a la práctica políticos modernos. Y ello, porque no hay posibilidad alguna de una intervención sobre la realidad, sustento de la promesa de la modernidad, si es que el actor no pasa por el proceso racional de descender a la condición en la que pretende intervenir. Este descenso requisito de toda posibilidad de actuar, es condición indispensable de toda agencia.

Esta dimensión del maquiavelismo es tan vigente hoy como lo fue en el siglo XV. Esta vigencia rebasa al cinismo presente en las lecturas simplistas de Maquiavelo que pretenden encontrar entre sus líneas justificación para cualquier acción. Reducir el maquiavelismo a la sentencia de que el fin justifica cualquier medio es perder de vista el salto esencial que Maquiavelo dio para el pensamiento político moderno al llamar la atención sobre la distancia entre cómo se vive y cómo se debería vivir. Uno, incluso, podría sostener que mantenerse en el reino imaginario del deber ser implica auto despojarse de la capacidad de actuar; renunciar a la posibilidad moderna de la agencia. No hay intervención posible sin realismo. Incluso, los principios más elevados requieren, en la pretensión de ser actualizados, de la distinción a la que nos convoca Maquiavelo. Sencillamente no hubiera sido posible concebir la agencia política en el mundo moderno sin *El príncipe*. Ello es mucho más importante y trascendente que el cinismo o perversidades de sus aprendizajes más vulgares.

Pero aún para la maldad extrema, para las acciones que Maquiavelo nombra como actos de rigor, las líneas de *El príncipe* ofrecen una argumentación política a favor de la consecución de un orden, basado en la predictibilidad y la confianza, frente al caos que produce una violencia no domesticada ni sistemática. Al final del capítulo VIII, Maquiavelo escribe:

Al conquistar un Estado, debe el ocupador pensar en todos los actos de rigor que le es necesario hacer, y hacerlos todos de una sola vez, para no tener que renovarlos todos los días, y poder, no renovándolos, tranquilizar a los hombres y ganárselos haciéndoles bien. El que actúa de otro modo por timidez, o por malos consejos, se ve obligado a tener siempre la cuchilla en la mano; y no puede contar nunca con sus súbditos, al no poder éstos, a causa de sus recientes y continuas ofensas fiarse de él. Los actos de rigor se deben hacer todos juntos, a fin de que, habiendo menos distancia entre ellos, ofendan menos; en cambio los beneficios se deben hacer poco a poco; a fin de que se saboreen mejor. Un prínci-

pe debe ante todo conducirse con sus súbditos de manera que ninguna contingencia buena o mala le haga variar; porque si sobrevinieran tiempos adversos y difíciles, no le quedaría ya lugar para remediar el mal; y el bien que hace entonces no le aprovecha pues lo miran como forzoso y no se lo agradecen.¹⁰

Efectivamente, la virtud incorpora la idea de utilizar la violencia en función de generar confianza entre príncipe y súbditos. En tales circunstancias, los actos de rigor favorecen a los súbditos, generan orden. El castigo, cuando es propicio, sólo afecta al particular que transgredió la autoridad. Lo contrario, la demasiada clemencia genera desórdenes, asesinatos y rapiñas que ofenden a la universalidad de los ciudadanos.¹¹ Los actos de rigor del príncipe, administrados con prudencia y humanidad, hacen bien a aquella universalidad, producen un orden conveniente para el conjunto. Para lograrlo, se requiere que el príncipe no varíe; que sus subordinados se fíen de sus acciones y él pueda, a su vez, no tener que portar un cuchillo para estar tranquilo. Para el príncipe, por ello, es mejor ser temido antes que amado. Los hombres, en general, son ingratos, volubles, simuladores y disimulados... tienen menos consideración en ofender a uno que se haga amar que a uno que se haga temer; pues el amor se retiene por el vínculo de gratitud, el cual, debido a la perversidad de los hombres, es roto en toda ocasión de propia utilidad; pero el temor se mantiene con un miedo al castigo que no abandona a los hombres nunca. ¹²Nuevamente la condición humana dicta el modo de proceder del príncipe. Él no creó dicha condición sino que debe adecuarse a ella, sin tener miedo ser cruel. Ello no solo por él mismo sino por el orden que conviene a la universalidad. De lo contrario primarán la rapiña, los asesinatos, las ofensas a la universalidad.

Elemento fundamental de la virtud es la prudencia, a saber, la capacidad de prever en el tiempo. Los romanos, según Maquiavelo, hicieron, en estos casos, aquello que todos los príncipes prudentes deben hacer: los cuales príncipes no solamente han de tener cuidado con los desórdenes que puedan desencadenarse en el momento presente, sino que han de prever los futuros y evitarlos con destreza: porque teniendo precaución de que no ocurra ningún contratiempo en el presente, se prevé todo contratiempo venidero y se evita.¹³ En Maquiavelo la prudencia se relaciona íntimamente con la astucia.¹⁴ La prudencia, en ese sentido, constituye la virtud del príncipe que le permite proyectar su acción en el tiempo. Así, la agencia política no es momentánea ni puntual; no es sólo contemporánea. La prudencia llama al príncipe a pensar sus acciones incorporando un sentido de anticipación a los acontecimientos futuros. Ello le exige adoptar una actitud estratégica frente a sí mismo y a sus aliados y enemigos. Esta actitud pasa por imaginar un modo por el cual sus ciudadanos, siempre y en cualquier circunstancia, tengan necesidad del Estado y de él: así siempre se serán fieles.¹⁵ Asegurar la fidelidad de sus súbditos para el futuro es una de las exigencias del príncipe prudente. El gobernante requiere ser percibido como necesario por su pueblo hoy y mañana.

El príncipe no descansa si es que el presente le es favorable. Su mente debe estar concentrada en el presente y en el futuro. La prudencia le demanda a no gozar jamás de los beneficios del tiempo. Debe tomar con anticipación las decisiones que requiere el mañana sin ceder a la comodidad

que le puedan ofrecer las circunstancias presentes. Maquiavelo así lo advierte: Pero los romanos, viendo con anterioridad los inconvenientes, los remediaron siempre y no permitieron que siguieran su curso por temor a la guerra, porque sabían que la guerra no se evita, y si se la difiere es en provecho ajeno.¹⁶ Su acción presente no sólo incide sobre su actualidad sino que busca modelar el futuro, acercarlo a su interés y favor.

Pero la prudencia presenta un rasgo adicional de complejidad. Toda decisión tomada por el príncipe prudente se mueve siempre en el campo de la incertidumbre. La prudencia del gobernante consiste también en conocer la calidad de inconvenientes que se le presentarán en adelante y optar por el menos malo. No hay decisión perfecta. Desde el presente, es imposible prefigurar completamente el porvenir y toda decisión prudente se basa en escoger entre opciones desconocidas.¹⁷ Por ello, en muchos casos, la imitación es buena consejera. La imitación también es parte de la prudencia. Si imitándolos, el príncipe no logra igualar a los varones insignes del pasado, al menos puede acercarse a ellos.¹⁸

Otra manera en que Maquiavelo menciona a la virtud es como grande industria o habilidad.¹⁹ Al mencionar la intervención política del príncipe en los principados adquiridos, pone énfasis en su dificultad, para lo cual explícitamente menciona que será necesario mucha suerte y habilidad para retenerlas. La agencia política es una labor compleja y laboriosa en la que el príncipe debe hacer lo que debe hacer sin escatimar esfuerzo. Según Maquiavelo, así actuaron los romanos en las regiones que conquistaron. Ellos respetaron muy bien las reglas de lo que debían hacer: asentaron colonias en los territorios conquistados, mantuvieron controlados a los poderosos, los debilitaron, se opusieron a la entrada de extranjeros con poder.²⁰ Además de ello, los romanos se cuidaron de no ofender a los conquistados, se hicieron temer en los casos necesarios, actuaron con tenacidad e inteligencia.

La virtud maquiavélica contiene una altísima dosis de rigurosidad en la acción política, rigurosidad que cuida hasta el último detalle para conseguir su objetivo. El príncipe no puede descuidarse y debe actuar con aguda meticulosidad. Así, la virtud le ayudará a conseguir, cuidar y mantener sus dominios.²¹ Maquiavelo se refiere a reglas racionales que hay que cumplir meticulosamente; que deben ser observadas para evitar el fracaso. Se trata de un sistema sin pasión creado industriosamente, laboriosamente, rigurosamente. Si su poder disminuye, será por sus propios errores y negligencia. A nadie más que a él se puede responsabilizar de que surjan poderes que lo limiten o lo vengzan. Quien se acusa de que otro se vuelva poderoso -advierte Maquiavelo- obra su propia ruina; porque con su propia industria y con su fuerza ha causado aquel poderío, y uno y otro de estos dos medios resultan sospechosos a aquel que se ha vuelto poderoso.²²

La virtud es casi sinónimo de valor. Solo su valor puede defender al príncipe de la adversidad. Allí reside su mayor fortaleza y su principal arma; arma que no depende de nadie más sino de él y de sus propias tropas. El príncipe no puede depender de las fuerzas de otros, de tropas mercenarias a las que tenga que pagar un salario. Sus defensas deben recaer en sí mismo.²³ Esta autonomía del príncipe hace referencia al hecho de que la virtud es una característica propia, interna. Si la fortuna es el ámbito de lo externo al

príncipe, la virtud hace parte de sí mismo, se refiere a sus propias decisiones y energía interna; a su fuerza interior y a su voluntad. Ello explica el por qué, al hablar del amor o temor que el político debe inspirar en el pueblo, Maquiavelo aclara que éste debe buscar el segundo y no el primero. El amor del pueblo es externo al príncipe, de ahí que no deba buscarlo; el temor del pueblo, en cambio, puede ser provocado por el gobernante y sólo depende de él.

Prudencia, laboriosidad y rigurosidad; capacidad para distinguir entre lo deseable y posible; valor para escoger lo segundo y proceder con los actos de rigor que sean necesarios; criterio para no dejar pasar la ocasión propicia, para no dejarse atemorizar por la adversidad; decisión de fundar su poder en armas propias y no prestadas, destreza para hacerse percibir como necesario en las situaciones buenas y en las malas; todas estas virtudes pueden ayudar al príncipe a vencer a la fortuna y recobrar la mitad de su destino; aquella porción que Dios dejó a los hombres para no arrebatarles el libre albedrío y la gloria que les corresponde. Cuando el príncipe logra apropiarse de la mitad de sus acciones, entonces es alabado y tiene al pueblo de su lado. Su deseo de adquirir es natural y ordinario. El problema es lograrlo sin fracasar. De lo contrario caerá en el error o el vituperio. Cuando tiene éxito el pueblo reconocerá sus fundamentos, los seguirá y los considerará buenos. Para ello, sólo un requisito es indispensable: no hacerse odiar por el pueblo. El príncipe debe hacerse tener como cruel y riguroso, debe hacerse temer en vez de amar; pero fundamentalmente no puede permitirse el hacerse odiar. Allí radica la base de su legitimidad y de toda la legitimidad política, pudiéramos agregar. Allí radica su fuerza, la misma que no depende de nada externo a él sino que le es propia. El amor, el cariño no dependen del ser amado o querido; están del lado de quien ama o quiere. Aquel o aquellos tienen la atribución de dejar de amar o querer y, cuando eso ocurre, entonces cambia completamente la situación del objeto del amor.

La visión de Maquiavelo sobre la relación de afecto entre el príncipe y su pueblo es contraria al sentido común del populismo y su retórica. El maquiavelismo es racional y antipopulista. La política de *El príncipe* es rigurosa, metódica y autónoma; su autoridad se basa en su fuerza interna. El caudillo populista, en cambio, halaga al pueblo, lo engríe sobre la base de que éste es el sustento principal de su po-

der, lo seduce para sentirse seguido y amado por él. El populismo asentado sobre estructuras clientelares de intercambio de favores se sustenta sobre las mismas premisas. De ahí que la autoridad política que emana del populismo no depende del líder sino del pueblo. El amor y favor popular deben ser conseguidos con adulación y favores que constantemente debilitan a la autoridad. Nada más opuesto a lo prescrito por Maquiavelo. Para él, ninguna fuente de legitimidad externa puede ser característica de una sólida y genuina autoridad política. Toda la autoridad política debe provenir de fuentes propias, de las mismas armas; de la virtud como energía interna. El modo de adquirir un principado es un sistema racional; es una voluntad guiada por una racionalidad que debe persistir con prudencia y lograrse con valor y oportunidad. Allí, el príncipe no debe ofender al pueblo y, sobre todo, debe buscar no ser odiado por aquel. Ello basta. Para Maquiavelo, el príncipe sí puede satisfacer al pueblo, incluso en mayor medida que a los grandes... porque el fin del pueblo es más honrado que el de los grandes, queriendo éstos oprimir, y aquel no ser oprimido.²⁴ El pueblo es numeroso y llevará a cabo lo indispensable para salvarse. El príncipe no podrá estar nunca seguro si tiene al pueblo como enemigo. Con los grandes el asunto es distinto. Los magnates cambian, son pocos y pueden desaparecer o reaparecer. El príncipe, por el contrario, vivirá siempre con el mismo pueblo.²⁵

Dominar es un ejercicio frío, sistemático; producto de una voluntad interna que intenta modelar a la fortuna. Nada más. Pareciera un ejercicio simple, cargado de lógica y pulcritud; pero es al mismo tiempo una vocación atravesada por el valor y el ímpetu de quien, a diferencia de todos los demás, tiene una apetencia superior que lo lleva a hacer todo lo que esté a su mano para dominar y poseer. La virtud convierte al príncipe no en un hombre moral sino en una máquina que produce y reproduce autoridad. Esta suerte de deshumanización es ciertamente paradójica si consideramos que es la virtud lo que le permite apropiarse de una parte de las circunstancias que marcan su destino, arrebátandoselas a Dios y a la fortuna. Sin embargo, ese es el camino de todo aquel que busque mandar y no obedecer; y quiere mandar bien, en función de lo que es conveniente para la universalidad de los ciudadanos, sin caer en el error o el vituperio.

Notas

1. Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*. Barcelona: Editorial Bedout, trad. Guido Castillo, 1986, pág. 7. Todas las citas referidas al texto se referirán a esta edición y traducción. En adelante se citará como *El príncipe*.
2. *El Príncipe*, pág. 7.
3. *El Príncipe*, pág. 111.
4. *El Príncipe*, pág. 103-104.
5. *El Príncipe*, pág. 106.
6. George Bull, "Introducción" *The Prince*. Londres: Penguin Classics, 1961, pág. 25.
7. *El príncipe*, pág. 111.
8. Leo Strauss, Niccolò Machiavelli, en Leo Strauss y Joseph Cropsey (ed.), *History of political philosophy*. Chicago. Chicago University Press, 1987, pág. 301.
9. *El Príncipe*, pág. 64-65.
10. *El Príncipe*, pág. 39-40.
11. *El Príncipe*, pág. 69.
12. *El Príncipe*, pág. 69-70.
13. *El Príncipe*, pág. 14.

Notas

- 14. El Príncipe, pág. 114.
- 15. El Príncipe, pág. 45.
- 16. El Príncipe, pág. 14-15.
- 17. El Príncipe, pág. 95.
- 18. El Príncipe, pág. 24.
- 19. El Príncipe, pág. 11.
- 20. El Príncipe, pág. 13.
- 21. El Príncipe, pág. 8.
- 22. El Príncipe, pág. 18.
- 23. El Príncipe, pág. 24, 58, 60, 102.
- 24. El Príncipe, pág. 42.
- 25. El Príncipe, pág. 42, 43.

El singular espíritu de la historia humana de los últimos tiempos, que acabamos de describir, se inicia con la Edad Contemporánea y comienza a ser un modo de reflexión y reflexión, pues al no haberlo esta es la etapa de mayor reflexión y revolución del tránsito de la humanidad a una nueva etapa. Para el mismo criterio teórico ha sido dado a establecer la diferencia entre estas dos actitudes, se fue todo a partir de la revolución francesa cuando el rebelde Hébel Caro se convirtió en revolucionario, estableciendo un radical socialismo en Cuba que contrasta con los golpes de estado de otros que se produjeron en los otros países contemporáneos. Así el premio Nobel de literatura Erich Fried y el sicólogo alemán - norteamericano Erich Fromm han intentado a su manera en las suelas de las clases de estos dos conceptos: el primero de ellos se relaciona con una revolución para una revolución, la segunda de ellos y otro acto en la historia. La diferencia de los dos y el segundo orientado a descubrir el estado de los tiempos en aquel espacio de la patria humana que se relaciona a la persona con el mundo que la rodea y que se denomina cultura. Su influencia en las transformaciones sociales. El carácter para Fromm se refiere al campo muy rebelde de un revolucionario, orientado en campos muy distintos del otro humano. Los autores mencionados, al relacionar con hallar y profundizar el tema de la manera que contribuyen a nuestra orientación en estas peculiaridades de mantenerse vitalidad y por lo tanto el hombre contemporáneo. Erich Fried y Erich Fromm.

Los latinoamericanos rebeldes

Los latinoamericanos rebeldes y revolucionarios. Sin duda la precedente memoria de Paz lo describe en la historia en la América. Nació en 1914, en que el rebelde luchó de forma rebelde, se opuso al gobierno constituido por el presidente Francisco Madero. A partir de entonces, se le conoce como el primer líder de México hasta los años 1930 y la violencia social permaneció como escuela de la formación por muchas décadas más. El constante enfrentamiento de caudillos violentos en México un absoluto campo de batalla, que debe haber constituido una gran experiencia política y educativa para el entendimiento de los cambios sociales. Aunque los intentos de Paz serán siempre en sentido estricto, se verá influenciado por sus ideas y experiencias, que le llevaron a participar en las guerras civiles en España, tanto de la cual fue el NO FAVARAR. Sin embargo en 1938, con el acuerdo de la sociedad cuando se

El mundo contemporáneo se encuentra a los últimos días de la América Latina llevó a que los últimos días del siglo XX. Ecuador, Venezuela, Perú y Argentina constituyeron escenarios de lucha de los partidos constitucionales y parlamentarios del Estado de Derecho. Las revoluciones que caracterizaron a estos países durante los años 1960 y 1970 fueron el inicio de una historia por la que se relaciona en los años 1960 y 1970. En los países de América Latina y por lo tanto en los países de América Latina se relaciona con esa etapa por los cambios que se produjeron en los países de América Latina. El mundo contemporáneo se encuentra a los últimos días de la América Latina llevó a que los últimos días del siglo XX. Ecuador, Venezuela, Perú y Argentina constituyeron escenarios de lucha de los partidos constitucionales y parlamentarios del Estado de Derecho. Las revoluciones que caracterizaron a estos países durante los años 1960 y 1970 fueron el inicio de una historia por la que se relaciona en los años 1960 y 1970. En los países de América Latina y por lo tanto en los países de América Latina se relaciona con esa etapa por los cambios que se produjeron en los países de América Latina.

Entre revueltas, rebeliones y revoluciones: de Octavio Paz a Erich Fromm

Vladimir Serrano Pérez

La crisis económica seguramente o el atavismo psicocultural de la América Latina llevó a que los últimos años del siglo XX Ecuador, Venezuela, Perú y Argentina constituyeran escenarios de alteración de los períodos constitucionales y prácticamente del Estado de Derecho. Las revueltas o rebeliones que caracterizaron a estos países durante décadas o más bien dicho que fueron el matiz de su historia, perdieron expresión en los años ochenta - noventa y si bien los problemas sociales y políticos eran agudos los presidentes y parlamentos concluían con censura pero en paz los mandatos para los que habían sido electos.

A todo esto Colombia constituye una excepción, pues su historia republicana ha sido particularmente violenta. Una vez que la ANAPO perdió elecciones a principios de los setenta, aparecieron en su territorio grupos guerrilleros que en el decurso del tiempo terminarían haciendo alianza con el narcotráfico. Sin embargo aquello ocurre paradójicamente bajo un supuesto estado constitucional de derecho que apenas si se altera con la declaración de emergencia, mientras conservadores y liberales se alternan en el poder, sin que tan siquiera Samper pese a las constantes demostraciones de corrupción de su gobierno fuera depuesto. En el Perú el ciudadano de origen japonés Alberto Fujimori, aniquiló la sangrienta guerrilla de sendero luminoso, colocando a su líder Abimael Guzmán en encierro bajo el mar, para lo cual proclamó una dictadura, la que rigió un año entero, bajo la mirada cómplice de la opinión pública internacional.

Las revueltas, rebeliones y revoluciones, una vez que concluyó la segunda guerra mundial, parecían haberse reservado únicamente al tercer mundo. Norteamérica con sus doscientos años de institucionalidad jamás conoció las epidemias de los Coup d'état golpe de estado y aquellos que se eligieron como líderes buscaron su asenso al poder a través de las elecciones. La Europa del norte y la del tratado de Roma habían superado cualquier tentación dictatorialista o totalitaria y mientras disfrutaban del BIENESTAR, socialistas y demócrata cristianos ocupaban cancillerías y jefaturas de gobierno, sin más violencia que la verbal típica de las campañas electorales. A partir de 1949 el mundo se había dividido según Winston Churchill por un telón de hierro y detrás de él, las revueltas de Hungría (1956) y Checoslovaquia (1968) habían sido aplastadas con brutal eficacia. Reapareciendo la insurgencia en Polonia, gracias al rebelde Lech Walesa a principios de la década de los ochenta, con lo cual se iniciaría la caída como de un castillo de naipes de los países de régimen marxista-leninista. Aunque obviamente intervino en esto un reformador Mijail Gorvachov, a quien se le fue su reforma de las manos, dando lugar a la liquidación de la Unión Soviética y el apareamiento de go-

biernos liberales capitalistas, en lo que antes fue el área del Pacto de Varsovia.

El singular entramado de la historia humana de los últimos tiempos que acabamos de describir, se inició con la Edad Contemporánea y habiendo sido motivo de reflexión y teorización, pues al no dudarlo esta es la etapa de mayores rebeliones y revoluciones del tránsito de la humanidad sobre este planeta. Pero el mismo ejercicio teórico ha obligado a establecer la diferencia entre estas dos actitudes, sobre todo a partir de la revolución cubana, cuando el rebelde Fidel Castro se convirtió en revolucionario, estableciendo un radical socialismo en Cuba, que contrastó con los golpes de estado de opereta que se generaban en los otros países centroamericanos. Así el premio Nobel de literatura Octavio Paz y el psicoanalista alemán - norteamericano Erich Fromm han incursionado a su manera en las sutiles diferencias de estos dos conceptos; el primero desde la semántica, con afán esclarecedor, para ubicar las diferencias escénicas de uno y otro acto en la turbulenta Latinoamérica de ese tiempo y el segundo orientado a descubrir el sentido de estos términos en aquél espacio de la psique humana que relaciona a las personas, con el mundo que la rodea y que se denomina carácter y su influencia en las transformaciones sociales. El carácter para Fromm separará claramente a un rebelde de un revolucionario, ubicándolos en campos muy distintos del obrar humano. Los autores mencionados abordan con brillantez y profundidad al tema, de tal manera que contribuyen a nuestra orientación en estas peculiares formas de manifestarse cultural y políticamente el hombre contemporáneo. Exploremos entonces sus teorías.

Los latinoamericanos rebeldes revoltosos y revolucionarios.

Sin duda la procedencia mexicana de Paz le acredita para entrar en la temática. Nacido en 1914, en que el rebelde Huertas derroca mediante asesinato al gobierno constitucional del presidente Francisco Madero. A partir de entonces, por quince años la sangre correrá en México hasta los tobillos y la violencia social permanecerá como secuela de la turbulencia por muchas décadas más. El constante apareamiento de caudillos violentos haría de México un absoluto campo de batalla, que debe haber constituido una fuente de inspiración dolorosa y depresiva, para el entendimiento en el mismo escenario de lo que tienen de agresivo y destructivo los cambios sociales. Aunque los inicios de Paz serán literarios en sentido estricto, se verá influenciado por marxistas y existencialistas, que le llevaron a participar en la Guerra Civil Española, fruto de la cual fue su NO PASARAN. Será solamente en 1950, con el Laberinto de la Soledad cuando se

abre a una comprensión mayor de la psicología social. El hombre mexicano y por qué no decirlo el hispanoamericano, aparece en estas páginas en dimensiones mágicas y míticas, en las que el mestizaje asume la forma de un laberinto existencial, en el que la soledad, por incomunicación, se torna en el ser en el mundo de los habitantes del continente americano a partir del sur del río Grande.

La mujer aparece en esta obra como destinada a la violencia y a la penetración y por lo mismo no puede mantener la dignidad en sí, del no me tocan, del estoy profundamente encerrada. Esta es la Malinche, traductora y amante de Cortés, sumisa, que además más tarde llorará el abandono de su opresor amante dando lugar al despectivo término de malinchista para todo aquel que se abra al mundo externo, sin la prudente restricción del introvertido. La Malinche contrasta con el noble Cuauhtémoc, encerrado en sí mismo, que soporta la tortura, rebeldemente o más bien dicho de manera beligerante, limitándose a contestar a uno de sus lugartenientes, yo no estoy en un lecho de rosas. Ahí estaría entonces el arquetipo del rebelde para el mexicano, varón, cerrado y sufriente, fluctuando entre la resistencia y el desafío. Bajo esta tónica aparecerán más tarde un Miguel Hidalgo, mártir igual de la causa mexicana. Emiliano Zapata y los cristeros. ¡Rebeldes! ciertamente que han sido los mexicanos, revoltosos, sin duda. ¡Revolucionarios!, esa es la pregunta y por lo mismo el campo propicio para la teorización de Octavio Paz.

En un pequeño ensayo, denominado *Revolución y Rebelión*, que se halla insertado en *Corriente Alterna*, conjunto de artículos, publicados de 1959 a 1967, en los que intenta descubrir un hilo conductor en la cultura contemporánea, analiza la acepción de revoltoso que la toma del diccionario de Joan Coraminas, crítico etimológico de la lengua castellana, que compuso su obra allá en los inicios del siglo XVII y demuestra el gran temor, al alboroto, a la transformación del orden representado por los reyes y al caos típico de la época. Al parecer revuelta se originó en el italiano *rivoltare* (volver del revés) (1), es decir regresar a épocas amorfas de canibalismo y horror. El orden había significado una superación humana y por lo mismo la palabra no era de por sí simpática.

Pero a fines del siglo XVIII todo cambiaría. Ya no era cosa de simple revuelta caótica, sino de un nuevo orden basado en la justicia, al que se le llamó revolucionario y como todo el posterior tiempo, es decir la Edad Contemporánea, estaría matizada por constantes cambios y transformaciones político-sociales, se volvió fundamental la especificidad de los términos; por eso es que el autor al que seguimos remarca las diferencias entre, el revoltoso, el rebelde y el revolucionario. Para Paz: el primero es un espíritu insatisfecho e intransigente, que siembra la confusión; el segundo es aquél que se levanta contra la autoridad, el desobediente o indócil, el revolucionario es el que procura el cambio violento de las instituciones. A pesar de estas diferencias hay una relación íntima entre las tres palabras. La relación es jerárquica: revuelta vive en el subsuelo del idioma; rebelión es individualista, revolución es palabra intelectual y alude, más que a las gestas de un héroe rebelde a los sacudimientos de los pueblos y a las leyes de la historia. Rebelión es voz militar; viene de bellum y evoca la imagen de la guerra civil las minorías son rebeldes; las mayorías son revolucionarias.(2)

El acercamiento es entendible, pues el héroe revolucio-

nario representa el arquetipo del tiempo. Los marxistas, entre ellos se acusan unos a otros de no ser lo suficientemente revolucionarios; los modelos son Marx, Engels y Lenin y posteriormente Mao Tse Tung, Fidel Castro y el Che Guevara. Ya los bolcheviques acusaron a los social-demócratas austríacos y alemanes de reformistas, es decir contemporizadores con el orden de cosas establecido, pues no eran capaces de acelerar a fondo para conseguir una verdadera revolución. Muy seguramente el propio Paz, como todo intelectual de su tiempo tendió a las izquierdas, donde el mito revolucionario habría hecho carne, siendo un problema de honor el ser calificado de reformista, pues aquello sonaba a una expulsión de la conciencia histórica colectiva. Por ello se tornaba indispensable aclarar las propias posiciones políticas sutilmente en ensayos literarios, valiéndose de la palabra como espada ideológica.

Pero más allá de esto, el tiempo en que se expresó la creatividad de Paz también hacía surgir en otros lares literatura en la que aparecía el personaje del rebelde. Así Gabriel García Márquez pintaba en *Cien Años de Soledad* a unos Buendía, perpetuamente inestables y rebeldes o quizás simplemente revoltosos, siguiendo la exactitud de los conceptos de Paz.

Continuando esta línea literaria encontramos constantemente el motivo del tirano-revoltoso, como típico de la América Latina republicana, aunque en honor a lo estricto, las revueltas se inician con la propia conquista. Por ahí no es de asombrarse que Facundo, estereotipo de Juan Manuel Rosas, ha tenido su antecedente en un Francisco Pizarro, cabecilla de la revuelta de la encomiendas o que Tupac Amaru ya fue precedido por varios caciques. Una vez instalados en el poder tiranizaban y fuera de éste conspiraban.

Yo el Supremo de Augusto Roa Bastos, describe a Gaspar Rodríguez de Francia con la disposición de poner orden, de aniquilar la revuelta, pero siempre dispuesto a liquidar a quienes hicieran lo mismo que él. En igual dirección irán el Señor Presidente de Miguel Ángel Asturias, *Tirano Banderas*, *El Santo del Patíbulo* y *El pueblo soy yo*. En todos ellos, Don Juan y el conquistador van de la mano y el precario orden se fundamenta únicamente en la voluntad dictatorial del gobernante de turno, lo que suscita al rebelde. Las leyes se acatan y no se cumplen y son insuficientes para el buen gobierno. La constante es inestabilidad.

Los pueblos latinoamericanos no se muestran favorables a la abstracción, las leyes hacen parte de un pensamiento mental, fundamentado en la razón y la reflexión, la existencia de la ciudadanía es la antípoda de la masa. La conciencia individual prima sobre el letargo del grupo, la acepción de derechos caracteriza a las sociedades donde la persona plenamente reconocida prevalece frente al poder político en cualquier forma que éste se manifieste y por lo mismo siempre será preferible la peor de las democracias a la mejor de las dictaduras. Puesto que bajo los sistemas de participación, se concitan las múltiples voluntades, mientras que en la dictadura se reconoce únicamente la individualidad y voluntad a un ser humano, el dictador. Hecho que de acuerdo con los psico-historiadores se ubicó en los imperios de la antigüedad y para hoy está superado relativamente en las naciones del mundo desarrollado.

La tendencia a la tiranía -revuelta hispanoamericana tiene que ver con un concretismo psicológico, enraizado en

lo que se dijo en el párrafo anterior, aparte de que al revoltoso erigido en tirano hay que oponer de nuevo otro revoltoso, que seguirá el mismo camino.

Las verdaderas revoluciones ocurridas en el continente han sido dirigidas por revoltosos rebeldes y finalmente revolucionarios. Mucho se ha discutido si la independencia fue un verdadero cambio en lo político y social y seguramente que sí para los grupos de élite, aunque la mayoría de habitantes de nuestros países no se beneficiarían con una verdadera ciudadanía plétórica de derechos. El real entendimiento de lo que constituía auténticamente una república estuvo lejos de los próceres, puesto que muchos de ellos aspiraban a un orden cerrado, alrededor de una monarquía ya fuera ésta regida por un rey o un presidente vitalicio. Pocos fueron los Santanderes que verdaderamente creyeron en la Constitución y por ende en el abstracto conjunto de ideas que se pueden escribir en un papel y no únicamente en la dirección de un hombre, por más sabia y acertada que ésta sea.

¿A qué se debe todo esto? ¿Al laberinto existencial y por ende a la eterna inconformidad de la que habló el propio Octavio Paz, nacida del mestizaje racial y la confrontación cultural, en la que está de acuerdo García Márquez al describir los virajes políticos de sus personajes? ¿O será también esa búsqueda a tientas en una reciente historia, donde todavía no se encuentra un verdadero punto de encaje a partir del cual se pueda fraguar el verdadero orden intercultural. La revuelta, la rebelión y la revolución siguen siendo en nuestros días una posibilidad. La ilusión del progreso eterno, de un continuo avance humano sin regresiones, fue abandonada por muchos con la primera guerra mundial. Todos quienes quieran hacer negocio en América Latina deben saber que el sub continente, tiene un carácter social revoltoso, casi siempre rebelde y de vez en cuando revolucionario. Y para entenderlo esto mejor es importante hacer el tránsito del literato poeta e intuitivo Paz al psicólogo social Erich Fromm.

El carácter la huella vital

Desde los inicios de la medicina en occidente se atribuyó la pérdida de la salud a rasgos particulares de cada ser humano. La medicina hipocrática en el siglo V antes de Cristo asumió la formulación filosófica de Empedocles sobre los cuatro elementos: aire, agua, fuego y tierra como los formadores cósmicos que también se habrían encarnado en el hombre, otorgándole lo que se dio en llamar temperamentos, es decir estados psico corporales que serían los constitutivos de la personalidad. Hipócrates denominó humores a líquidos corporales como la bilis. Ya fuera esta negra o amarilla; la flema y la sangre, que a su vez favorecerían los temperamentos melancólico, colérico flemático y sanguíneo, causas de la actividad y la decadencia vital en las personas así caracterizadas.

Los temperamentos hipocráticos constituyeron base importante de la medicina y la psicología durante siglos, hasta que la psicología profunda, la antropología y aún la sociología, han aportado nuevos elementos que obligaron a formular clasificaciones distintas a las efectuadas por el padre de la medicina. La palabra carácter viene del griego *kharakter* que se podría traducir por marca o impresión, por lo

mismo corresponde al hecho de que todos los seres humanos contamos con una impronta al nacer o cuando nos desarrollamos en un medio social, lo que se convertirá en nuestra ventana hacia el mundo, es decir, la forma de comportarnos y responder a los desafíos del medio y exigencias de la vida. Algunos psicólogos como Freud, encontraron el origen del carácter en el desarrollo de la sexualidad, otros como Kretschmer en las formas corporales y terceros como Jung en la afirmación del sujeto, en relación al objeto o viceversa.

Erich Fromm, nacido en el primer año del siglo XX, vivió un tiempo de gran influencia de la sociología weberiana y el psicoanálisis, conjuntamente con el asenso político de los fascismos en Europa y particularmente del nacional socialismo en su país de origen. Luego de realizar estudios de filosofía y efectuado su análisis de formación como psicoterapeuta, contactará con el llamado Instituto de Investigaciones Sociales en Frankfurt de Memo, en donde gracias a las encuestas efectuadas con obreros, se detectará una tendencia autoritaria en estos, capaz de favorecer al partido nazi. Estas evidencias llevaron a Fromm a la formulación de lo que él denominó el *carácter social*. Extrapolando con eso una categoría que parecía ser únicamente recomendable para la psicología individual y que ahora adquiriría rango propio en la psicología social, la que apenas nacía con dificultad, arrancando elementos científicos tanto a la psicología general como a la sociología.

El carácter autoritario debía su formación al principio freudiano del super ego, el que define la conciencia moral represiva en los europeos de la época victoriana. Las novelas de Kafka demostrarían según Fromm la existencia de una conciencia humanista que buscaría guiar hacia propósitos vitales al siquismo. A partir de tales descubrimientos, Fromm asumiendo las pulsaciones de la libido freudiana (caracteres oral, anal y genital), las transforma en maneras de vinculación con el mundo, con denominaciones tomadas más bien de lo económico, hablando así de los caracteres improductivos y productivos.

A los primeros los relaciona con actitudes únicamente receptivas, siendo identificables con la oralidad y analidad freudiana, lo que les llevaría a manifestar conductas adquisitivas y retentivas frente a la vida, mientras que los segundos serían creativos, buscando transformar el mundo. En su libro *Ética y Psicoanálisis* (3) que dedica por entero Fromm al estudio de su caractereología, así como *La misión de Sigmund Freud* y otros libros, el psicoanalista alemán concibe los dos conceptos de carácter que se relacionan directamente con nuestro tema, estos son: el de rebelde y el de revolucionario.

Al primero lo identifica con la improductividad, pues si bien rechaza el orden de cosas establecido, una vez que consigue encaramarse en el poder, político, social o cultural etc replicará el mismo sistema que criticó. A la personalidad que le adjudicó la rebeldía como tónica fue al mismo Freud, quien cuestionador con las religiones por una parte y víctima de la ciencia de su tiempo, al manejar el movimiento psicoanalítico, reprodujo la intolerancia y el dogmatismo. Así confirmando las acepciones de Fromm, CG Jung relata en su autobiografía, que Freud le había dicho: *Haga de la sexualidad un dogma inexpugnable*, contra qué pregunto Jung, *contra la ola negra de superstición que nos inunda*.

Quienes no aceptaron el principio funcional sexual como fundamento de la psicología profunda, se alejaron o fueron marginados del movimiento, tal el caso de Oto Rank por dar más importancia al trauma del nacimiento que a la sexualidad; Adler, quien consideraba que la dinámica síquica radicaba en el complejo de inferioridad, Ferenczi que asumía para la curación de los neuróticos la simpatía entre el analista y estos y el propio Jung que reformuló el concepto de libido. Una vez muerto Freud, su hija Ana asumió la dirección del movimiento, razón por la cual cualquier libro que se publicara sobre su padre era censurado por ella previamente.

El rebelde entonces tiene la suficiente fuerza para derribar tiranos mas no para acabar con la tiranía. El rebelde, según Fromm, incluso puede agregar a su carácter rasgos necrófilos (de *necros*, en griego cadáver y *filos* gusto) que sería a su vez otra manifestación de la improductividad y que en sus formas más extremas se lo puede encontrar en los dictadores de tendencia asesina tales como Calígula, Hitler o Stalin, para quienes la vida les es ingrata en cualquiera de sus manifestaciones y por lo mismo se torna indispensable matar. Los necrófilos pueden eliminar desde la alegría y el gusto hasta pueblos enteros mediante el uso de armas mortíferas. Vinculando lo expresado en párrafos anteriores en relación a los conceptos de Paz en América Latina, podrá observarse con facilidad que la gran mayoría de quienes han ejercido liderazgo en el continente han sido únicamente rebeldes.

En cambio el carácter revolucionario, totalmente ligado a lo productivo, es decir a lo creativo, se relaciona con la conciencia humanista y su propuesta es realmente de cambio, siempre en línea de mantener los valores más profundos del hombre, que son: la compasión y la razón. Por lo mismo para Fromm el carácter revolucionario caracterizó a las personalidades de Buda, Sócrates, Jesús y los no violentos del siglo XX, como Mahatma Gandhi, o el premio Nobel de la Paz, 1953, Albert Schweitzer. El primero logró la independencia de la India sin ejercicio de violencia, para lo cual enfrentó a una de las primeras potencias mundiales, el imperio británico y el segundo con sus ensayos literarios y práctica de vida, concitó grandes cambios en la conciencia colectiva de sus contemporáneos. Idealizado de este modo el carácter revolucionario, resulta muy difícil que se lo pue-

da identificar con políticos propiamente dichos, los cuales únicamente resultan rebeldes, a pesar de que en ocasiones los cambios sociales sean de mucha importancia, como el caso de Fidel Castro en Cuba, en donde, por otra parte, el régimen político ha asumido formas extremas de dictadura.

El Ecuador de los últimos tiempos ha visto este clásico tránsito histórico y personal, de convertir a los rebeldes en gobernantes y encontrarlos haciendo exactamente lo mismo que criticaron, como el caso del actual presidente Lucio Gutiérrez, quien aliado con los indígenas derrocó a Jamil Mahuad por su alianza con los banqueros, habiéndose visto precisado a mantener prácticamente los mismos acuerdos, que produjeron su ira vengadora, pues como bien dice André Maurois (4), al referirse a Oliver Cromwell: *Todo rebelde inteligente que llega al poder se convierte en hombre de gobierno*. Esto es así, sin duda, pues una vez intronizados en el Estado, los rebeldes únicamente atienden a la *raison d'état*, que no significa otra cosa que el interés del gobierno de turno de permanecer en el poder. Se cuenta que Vladimir Lenín, una vez instalado en el palacio de invierno de la entonces ciudad de Petrogrado, fue preguntado: ¿Y ahora Rusia qué?, contestando, *mi escupitajo para Rusia*.

El complejo panorama que ha sido preciso describir en el desarrollo de este tema demuestra la profundidad que las cuatro páginas escritas por Octavio Paz sobre *Revolución, Rebelión*, suscitan ampliaciones históricas y psicológicas, que penetran en las motivaciones del alma humana, siempre en busca de encontrarse a sí misma y las que pasan por el dolor y el cambio.

Bibliografía

1. Paz, Octavio, *Corriente Alterna*, III, *Revolución, Rebelión*, pág. 147, Siglo Veintiuno Editores S.A., México, 1967.
2. *Ibid*, pág. 148.
3. Fromm, Erich, *Ética y Psicoanálisis*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979
4. Maurois, André, *Historia de Inglaterra*, pág. 175, Editorial Blume, Barcelona, 1966.

¿Ayudan los diálogos a resolver problemas sociales?

Jorje H. Zalles

Introducción

La idea de dialogar y buscar consensos en vez de confrontar y generar vencedores y vencidos es objeto de creciente y alentadora aceptación en el mundo contemporáneo. En diversos lugares, y en especial pero no solamente en el contexto político, se observa un interesante número de iniciativas de diálogo y concertación que son objeto de respuesta positiva de parte de las personas convocadas, la prensa y amplios sectores sociales. Para quienes creemos que es mejor la resolución suma positiva de los conflictos, esta tendencia es saludable y satisfactoria, especialmente cuando en muchos países del mundo¹ vemos a diario las terribles consecuencias de la agresión, la violencia, y la búsqueda de desenlaces suma cero.²

No obstante, se escucha con alguna frecuencia la pregunta que constituye el título de este artículo: ¿Ayudan los diálogos a resolver problemas sociales? No falta el escepticismo al respecto. La respuesta que acá se ofrece es que los procesos de diálogo social pueden ayudar, y mucho, aunque no siempre lo hacen.

El grado de su potencial contribución depende de varios factores. Este artículo explora varios de los más importantes, incluidos la definición de objetivos, la elección de temas y participantes, la dinámica comunicacional, los marcos conceptuales y metodológicos y los procesos a base de los cuales se puede asegurar el mayor éxito.

La exploración de estos temas no está huérfana de teoría o de experiencias e investigaciones que la convaliden. A continuación se presenta una breve reseña de aquellas contribuciones al conocimiento humano que más han influido en las ideas que más abajo se presentan.

La primera de esas contribuciones es la del profesor Carl I. Hovland y su equipo de colaboradores en la Universidad de Yale, quienes fundaron el Yale Communications Laboratory o Laboratorio de la Comunicación de dicha Universidad y a partir de 1948 realizaron una serie de estudios sistemáticos de la persuasión cognitiva.³ A base de estos, Hovland y sus asociados nos han brindado una detallada comprensión de la dinámica psicológica a través de la cual los argumentos cognitivos influyen para persuadir a las personas a que clarifiquen sus valores y/o cambien sus creencias, actitudes y comportamientos.

También han contribuido de manera importante al estudio de las influencias sociales, los cambios de actitudes y las metodologías de intervención relacionadas, entre otros: Anthony Grenwald, quien en 1968 formuló la teoría de las respuestas cognitivas que sostiene que la comprensión y aceptación de nuevas ideas ocurre en alto grado en función de la exitosa generación por un mensaje cognitivo de preguntas, reflexiones y reacciones en la mente de quien escu-

cha;⁴ M.P. Zanna y J.K. Rempel que en 1988 formularon la teoría de los sistemas actitudinales que plantea la interconexión en la mente entre elementos cognitivos, afectivos y actitudinales y, en consecuencia de esa interconexión, la posibilidad de influir sobre cualquiera de ellos a través de influencias ejercidas sobre los demás;⁵ y Dolph Zillmann y sus colaboradores en la Universidad de Alabama, cuyo importante trabajo experimental tiende a demostrar, en coherencia con la propuesta teórica de Zanna y Rempel, que insumos cognitivos y racionales – el tipo de insumo que las personas reciben en procesos de diálogo adecuadamente estructurados – ejercen una importante influencia sobre los afectos y las actitudes.⁶

Otro conjunto de sustentos conceptuales para las ideas que se presentan más abajo se desarrolló en el campo de la resolución de conflictos. Una importante línea de pensamiento en este contexto nació en la década posterior a 1960 con el trabajo de John Burton, diplomático australiano a quien la Organización de las Naciones Unidas encomendó una intervención como tercera parte en el conflicto entre greco-chipriotas y turco-chipriotas. Burton propuso un enfoque metodológico que llamó comunicación controlada,⁷ término desafortunado que fue rápidamente desechado, pero sobre cuyas bases conceptuales dos de los grandes psicólogos sociales de su generación, el profesor Herbert C. Kelman de la Universidad de Harvard⁸ y el profesor Leonard W. Doob de la Universidad de Yale⁹ y sus respectivos equipos de colaboradores desarrollaron y aplicaron nuevas propuestas que destacan la crucial importancia, para efectos del desescalamiento y la eventual resolución de un conflicto, de la interacción entre las partes al interior de procesos de diálogo debidamente estructurados y facilitados. Luego de trabajar por un tiempo con Burton en Chipre, el profesor Kelman centró su atención, a partir de 1968, en los conflictos Árabe-Israelí e Israelí-Palestino. Por su parte, el profesor Doob intervino en varios conflictos en África y en el de Irlanda del Norte.

Finalmente, el profesor Lawrence A. Susskind de MIT, quien ha formulado propuestas teóricas esenciales en el campo de la construcción de consensos, también ha contribuido de manera importante al marco conceptual dentro del cual se ubican las propuestas que vienen a continuación.¹⁰

Objetivos del diálogo

¿Para qué dialogar? ¿Cuáles son los objetivos para satisfacer los cuales resultan valiosas tanto la voluntad de dialogar como la realidad en sí de procesos de diálogo?

Los objetivos pueden ser varios. Muchos de nosotros encontramos agradable aquello que nuestros abuelos llama-

ban la tertulia – sentarse entre amigos y allegados a intercambiar ideas, reflexiones, recuerdos, anécdotas, y opiniones. Esa clase de diálogo podría entenderse como un fin en sí mismo, o podría ser vista como instrumental al logro de la distracción o de la reafirmación de vínculos de amistad y afecto. También se puede dialogar para adquirir mejor conocimiento mutuo, útil para diversos posibles fines, para identificar diferencias de criterio, o para explorarlas en un nivel preliminar. Todos esos posible objetivos son potencialmente muy valiosos. Sin embargo, el objetivo más importante del diálogo social es desbloquear la toma de decisiones y en consecuencia hacer posible la acción tendiente a la resolución de los problemas sociales.

El análisis que se presenta a continuación parte de la premisa que, especialmente en sociedades subdesarrolladas, este último debe ser el objetivo final: resolver problemas – problemas de pobreza, indigencia, hambre, insalubridad, inseguridad social, jurídica y alimentaria, carencia de trabajo, educación y oportunidades, corrupción, desperdicio de recursos escasos, y muchos más que muchas sociedades no logran resolver. Y no es que no se logre resolverlos por falta de diagnósticos ni de propuestas, sino porque los diagnósticos y las propuestas que han sido formulados son frecuentemente contrarios unos a otros y reflejan conjuntos conceptuales subyacentes – creencias, valores, actitudes – también contrapuestos, que en su mutua contraposición bloquean la toma de decisiones sociales. Es para reducir y eventualmente eliminar ese bloqueo mutuo que se vuelve esencial dialogar en busca de consensos, que deben entenderse en consecuencia como un objetivo intermedio en el camino a lograr el objetivo final de resolver problemas sociales.

Temas

La contribución de procesos de diálogo a la resolución de problemas sociales tiende a ser mayor cuanto más críticos y materia de mayor discrepancia y conflicto son los temas abordados.

La manera más clara de determinar si un tema es crítico es establecer su vinculación con la posible solución de un problema que a su vez es crítico porque genera sustancial malestar social. Bajo esta lógica, cualquier tema en relación con el cual se requieren decisiones para que ese problema crítico pueda ser resuelto es por definición un tema crítico. Por ejemplo, siendo la pobreza uno de los problemas más críticos en muchas sociedades en el mundo, varios temas vinculados directamente a su posible solución, como el estímulo a la inversión generadora de empleo, la nutrición infantil, la educación, la capacitación en el trabajo, etc., etc. se vuelven temas críticos.

Un tema crítico puede a su vez ser o no materia de discrepancias. En circunstancias, por ejemplo, en que un grupo humano es amenazado por un serio peligro, las decisiones que ese grupo debe tomar para protegerse son obviamente críticas, pero pueden ser materia de acuerdo unánime, sin la menor discrepancia al respecto o, por el contrario, pueden ser materia de controversia entre dos o más diagnósticos y/o dos o más prescripciones que a su vez pueden reflejar varios conjuntos de creencias, valores y actitudes subyacentes.

Por último, si existen discrepancias respecto de un tema crítico, éstas pueden o no haber generado conflicto, entendido como la presencia de aspiraciones simultáneamente incompatibles.¹¹ Si dos individuos o grupos discrepan en relación con un tema crítico pero ninguno aspira a convencer al otro o a imponer su criterio, no hay conflicto al respecto: ésta es la condición social ideal en la que quienes sostienen criterios, creencias y valores diferentes se respetan mutuamente y logran armonizar su diversidad. Pero al contrario, como sucede con lamentable frecuencia, quienes discrepan pueden aspirar a demostrar la superioridad de sus creencias y derrotar al que no las comparte, en cuyo caso ya no hay solo discrepancia sino también conflicto.

A base de los anteriores razonamientos, el primer planteamiento medular que se propone en este artículo es que los procesos de diálogo que mayor contribución pueden hacer a la solución de problemas sociales son aquellos que se centran en temas críticos que son materia de discrepancia y de conflicto.

Participantes

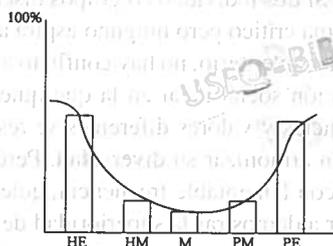
Los mejores resultados en procesos de diálogo orientados a la construcción de consensos respecto de temas críticos materia de discrepancias y conflictos se obtienen con participantes halcones moderados y palomas moderados, influyentes, no miembros de la cúpula formal de decisión grupal, con voluntad y capacidad de diálogo. Estos atributos se explican a continuación.

Halcones moderados y Palomas moderadas:

Para explicar este concepto es necesario primero explicar la polarización grupal. Las sociedades en las que existen pronunciados conflictos alrededor de metas, diagnósticos, propuestas, creencias, valores, etc. muestran una típica tendencia a que las actitudes de unos miembros del grupo hacia las otras partes en conflicto y hacia la búsqueda de resolución, conciliación y la construcción de consensos se distribuyan de tal manera que hayan altos porcentajes en los extremos anti y pro, y el centro moderado sea más bien pequeño, conformando una curva de Gauss invertida con dos jibas: los denominados halcones (H) en un extremo, los moderados (M) en el centro, y las denominadas palomas (P) en el otro extremo, como se muestra en el gráfico 1 a continuación.¹² En el eje vertical se mide el porcentaje de la población que está en cada grupo, y en el horizontal se marcan los cinco grupos entre los cuales se distribuyen las actitudes de esa población: halcones extremos (HE), halcones moderados (HM), moderados (M), palomas moderadas (PM) y palomas extremas (PE). El gráfico muestra la siguiente distribución en porcentajes, que es bastante típica de grupos con altos grados de polarización:¹³

Halcones extremos (HE)	40	
Halcones moderados (HM)	10	50
Moderados (M)		5
Palomas moderadas (PM)	10	
Palomas extremas (PE)	35	45
Total		100

Gráfico 1 Distribución polarizada de actitudes en una sociedad



Entre las varias partes en un conflicto, así distribuidas, ¿a quiénes tiene más sentido invitar a dialogar?

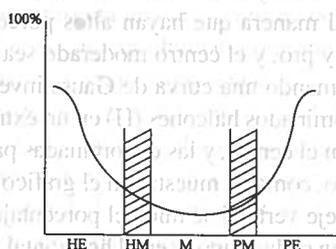
Es claramente innecesario invitar a las palomas extremas, al lado derecho de la distribución en el gráfico 1, que ya están persuadidas de la deseabilidad de buscar consensos con las otras partes.

Por otro lado, una serie de condiciones disposicionales, entre ellas la rigidez cognitiva y necesidades muy altas de auto-afirmación, y factores situacionales incluida la presión de la propia facción de halcones tienden a que sea poco productivo invitar a un diálogo a halcones extremos: la probabilidad es demasiado baja de que en ellos se generen los cambios necesarios para que pueda haber movimiento hacia menor rigidez en creencias y actitudes contenciosas y mayor probabilidad de conciliación y construcción de consensos.

Toda esta lógica sugiere que a quienes más sentido tiene invitar a diálogos entre partes en conflicto es a personas halcones moderados y palomas moderadas, que estando claramente de un lado o del otro de una controversia o un conflicto, no están en las posiciones extremas.

Las áreas sombreadas en el gráfico 2 muestran la posición de estos grupos en la distribución de actitudes del grupo.

Gráfico 2 Posición de halcones moderados y palomas moderadas en la distribución de actitudes



'Influientes', no miembros de la cúpula formal de decisión grupal.¹⁴

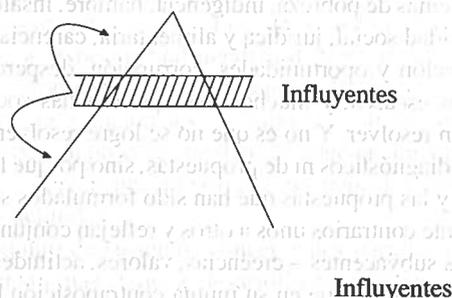
La condición de moderados en sus respectivos lados es necesaria mas no suficiente. Adicionalmente, es importante que las personas que sean seleccionadas como participantes en procesos de diálogo sean influentes en la sociedad, pero no pertenecientes a las cúpulas máximas de decisión.

Su influencia es importante para que puedan proyectar los resultados de los diálogos amplia y persuasivamente hacia la sociedad en general y en especial hacia los niveles de decisión de la misma, para así inducir a la formulación de planes de acción efectivos y a la formación de coaliciones que logren hacer realidad esos planes.

Por otro lado, es importante que las personas influyentes que sean seleccionadas no sean miembros de la cúpula formal de decisión grupal (en un país el Gobierno nacional, en una ciudad el Gobierno municipal, en una institución el Directorio o la cúpula ejecutiva, etc.), pues personas con autoridad grupal formal tienden a sentirse inhibidas, por el mismo hecho de ostentar ese rol formal, de explorar ideas y opciones conciliadoras alejadas de las posiciones que han expuesto y defendido públicamente.

El gráfico 3 muestra una pirámide social, una banda de influyentes debajo de la cúpula grupal máxima, y dos flechas que representan el ejercicio de influencia en ambas direcciones.

Gráfico 3 Influientes óptimos dentro de la pirámide social



Cabe agregar que aunque las personas ideales son influyentes en ambas direcciones, en muchos casos puede resultar positiva la incorporación a procesos de diálogo de personas con influencia en solo una u otra dirección, especialmente cuando esa influencia será importante para la reducción de polarizaciones y bloqueos mutuos entre grupos que se explora más abajo.

Voluntad y capacidad de diálogo

El tercer criterio esencial para la selección de participantes es tanto la voluntad como un razonable grado de habilidad para dialogar, escuchar, atender al otro, respetar criterios distintos de los propios, y expresar ideas con claridad y en términos analíticos antes que confrontacionales. Una persona influyente en la sociedad y moderada dentro de determinada facción social que no tiene ni la voluntad ni las habilidades básicas para dialogar no podrá contribuir al proceso de manera constructiva. Por el contrario, una persona flexible, abierta, que escucha con ánimo de comprender y no solo de rebatir lo que se le transmite y que comunica sus ideas de manera clara y persuasiva tiene enormes potenciales de contribución.

Nueva forma de comunicación

Los procesos que mejor contribuyen al éxito de un diálogo social del tipo que se analiza deben comenzar por el establecimiento de una nueva forma de comunicación personal entre los(las) participantes, diferente de la forma confrontacional que es típica entre partes en conflicto. Como señala el profesor Kelman:¹⁵

Las normas no escritas que gobiernan la interacción entre representantes de partes en conflicto demanda que ca-

da una exprese sus reclamos y proclame sus derechos tan firme y militantemente como sea posible...

[Quiénes participan] en este tipo de interacción... prestan atención solamente a lo que ellos tienen que decir, y no a lo que tengan que decir los demás. Se dedica poco del esfuerzo que se dedica en otras situaciones de interacción más usuales a adquirir una comprensión de la perspectiva del otro y no se manifiesta mayor interés en influir sobre el adversario; las comunicaciones están más dirigidas al propio lado del conflicto y a la tercera parte, antes que a los representantes de la otra parte. En consecuencia, aún cuando se da una interacción entre partes en conflicto, su naturaleza es típicamente tal que tiende a reforzar imágenes pre-existentes y a fortalecer el compromiso de cada una de las partes con su propia posición original.

El hecho que personas en conflicto se sienten a una mesa de diálogo convocadas por una tercera parte imparcial que crea un ambiente apropiado ejerce una importante influencia situacional en favor de que cambie esta dinámica y que se despejen imágenes negativas mutuas, identifiquen intereses comunes y puntos de coincidencia no obstante los desacuerdos que han hecho necesario el diálogo, y, en palabras del Profesor Kelman, las partes puedan llegar a percibir su conflicto como un dilema compartido.¹⁶ Esta forma diferente de comunicación es la que da cabida a la transmisión y recepción de mensajes cognitivos, las respuestas cognitivas, la persuasión cognitiva, y la influencia de insumos cognitivos sobre los afectos y las actitudes que son la esencia de los trabajos citados en la Introducción de Hovland y asociados, Greenwood, Zanna y Rempel, y Zillmann y asociados

Procesos clave

Enmarcados en esa forma diferente de comunicación, los procesos que más contribuyen al éxito de diálogos sociales orientados a la construcción de consensos respecto de temas críticos materia de discrepancia y conflicto son los siguientes:

Análisis de conflictos y fijación de prioridades: los (las) participantes deben analizar sus conflictos, identificando las necesidades y aspiraciones incompatibles que los configuran y los conjuntos conceptuales – creencias, valores, actitudes – que subyacen (i) esas necesidades y aspiraciones incompatibles, (ii) el hecho que los conflictos resultantes no se hubiesen resuelto, y (iii) si es el caso, el hecho que esos conflictos hubiesen escalado. Los (las) participantes deberán luego escoger aquellos elementos conceptuales que consideran más críticos, para centrar en ellos los demás procesos esenciales.

Confrontación: los (las) participantes se deben confrontar con sus diagnósticos y propuestas, y con las creencias, los valores y las actitudes subyacentes, no en el sentido de una confrontación contenciosa entre dos o más personas o grupos, sino más bien en el de una confrontación psicológica de las personas con las ideas propias y de las demás personas participantes, que encierra reconocimiento y aceptación de la existencia de esas ideas aunque algunas puedan incluso ser incómodas; el reconocimiento de discrepancias entre las de unas y las de otras personas; la exploración de los orígenes

de las ideas en sí y de su presencia en los sistemas actitudinales de las personas; y los argumentos – que deben ser presentados de manera analítica y no combativa – que cada quien esgrime a favor de sus propios conjuntos conceptuales.

Reflexión y reexamen: se debe invitar a los (las) participantes a explorar la posibilidad de legitimar, comprender los orígenes de, y reconocer como opciones válidas a los conceptos de los (las) demás participantes, y en especial a aquellos que más se oponen a los propios; se debe plantear la pregunta de si una y otra creencia, o uno y otro valor son necesariamente mutuamente excluyentes, o si por el contrario pueden coexistir y hasta nutrirse mutuamente; se debe pedir que se explore la experiencia psicológica del cambio de paradigmas, creencias, valores y actitudes; y pedir también que se exploren diversos aportes teóricos de parte de los miembros de la tercera parte imparcial.

Flexibilización y o cambios: acá se debe explorar explícitamente el grado en el cual la interacción entre los (las) participantes, los aportes teóricos de los miembros de la tercera parte y los procesos de reflexión y reexamen propios de cada participante han inducido alguna flexibilización y/o cambio en sus conceptos y en consecuencia han hecho más posible la construcción de consensos entre ellos (ellas) en materia de creencias, valores y actitudes, diagnósticos y propuestas críticas (as).

Identificación de posibles opciones conciliadoras: por último, las personas participantes deben trabajar en la identificación de las opciones a través de las cuales pudiera ser posible la conciliación mutuamente satisfactoria de sus diferencias.

Aspectos metodológicos esenciales

Además de la selección de temas, la selección de participantes, y los procesos que ya se han explorado, tres aspectos metodológicos son especialmente importantes para el éxito de esta sucesión de procesos: las reglas de base para los diálogos, la estructuración de la comunicación entre participantes, y la intervención de los miembros de la tercera parte imparcial.

Reglas de base

La experiencia desarrollada en las últimas décadas por, entre otros, los profesores Kelman y Doob permite afirmar que hay ciertos aspectos críticos de los procesos antes descritos que puede ser riesgoso dejar librados al comportamiento espontáneo, no reglamentado de los(las) participantes, y respecto de los cuales es en consecuencia necesario establecer reglas de base cuya aceptación es luego necesario negociar con los(las) participantes de manera que si se hiciese necesario hacer cumplir alguna de ellas, no se genere una confrontación interpersonal (en este caso sí en el sentido de potencial pelea) entre quien las viole y quien intente hacerlas cumplir.

Las reglas de base esenciales para todo proceso de diálogo del tipo que nos ocupa deben solicitar (i) respecto mutuo entre los(las) participantes, (ii) un enfoque analítico que

evite tensiones interpersonales, acusaciones mutuas, etc., y (iii) aceptación de la conducción metodológica por parte de los miembros de la tercera parte.

El trato respetuoso entre las personas participantes constituye una evidente necesidad. Siendo éste el comportamiento más usual cuando no hay conflicto entre interlocutores, resulta bastante más difícil de lograr en condiciones de conflicto, y en consecuencia debe ser materia de normas explícitas.

La necesidad de un enfoque analítico fluye claramente de los estudios de la persuasión cognitiva de Hovland y asociados y Greenwood, y de la influencia de insumos cognitivos de Zillmann y su equipo. Entre las premisas psicológicas del enfoque metodológico que acá se presenta, ninguna es más crítica que ésta: es absolutamente crítico que el enfoque, las actitudes y las expresiones de las personas participantes permanezcan en el mayor grado posible en el terreno analítico y racional antes que en el afectivo o el agresivo, a efectos de que las partes intercambien los insumos cognitivos necesarios para detonar las respuestas cognitivas a las que se refirió Anthony Greenwood.

Por último, es crítico para su exitoso desarrollo que los procesos de diálogo se mantengan bajo la conducción metodológica de los miembros de la tercera parte. Si no se logra esta sujeción, el conjunto de procesos puede tomar cualquier rumbo, al azar, y se pierden los potenciales beneficios de las metodologías, que constituyen la aplicación práctica del conocimiento acumulado sobre el tema.

En condiciones de conflicto altamente escalado, son además aplicables cuatro otras reglas de base: (i) confidencialidad respecto del hecho que se está llevando a cabo el proceso y respecto de la identidad de los(las) participantes, que puede ser necesaria para aislar el proceso de la presencia potencialmente perturbadora del público o de la prensa, o para proteger a los(las) participantes de represalias de parte de los halcones en sus propios bandos;¹⁷ (ii) la no atribución, que significa que aunque pueda eventualmente ser revelado el contenido de lo dicho, no puede ser revelada la identidad de quien lo dijo, que responde a motivos similares; (iii) la aclaración que un proceso de diálogo constituye no una negociación sino una pre-negociación, que es necesaria en condiciones de alto escalamiento porque no están dadas las condiciones necesarias para que un proceso de negociación definitiva, que ponga término al conflicto, tenga alguna posibilidad de éxito;¹⁸ y (iv) la aclaración de que el diálogo debe ser no adversarial, término que denota un proceso en el cual no se está buscando fijar ni asignar culpas.

Estructuración de la comunicación

Otro aspecto metodológico clave es la estructuración de la comunicación entre los (las) participantes. En un extremo del espectro de posibilidades, ésta puede ser totalmente abierta, con definición espontánea de temas, orden y duración de las intervenciones, etc.; en el otro extremo, la comunicación puede ser estructurada en hasta el más minucioso detalle, incluido quién habla, en qué momento, para tratar qué tema, por cuánto tiempo, etc.

En general, cuanto mayor la intensidad del escalamiento del conflicto entre las partes representadas en un diálogo, más necesaria es la estructuración de la comunicación por

los miembros de la tercera parte. En condiciones de escalamiento muy alto, como las del conflicto en Chipre en el que intervino John Burton, puede ser necesaria la que él describió como comunicación controlada, no del contenido pero sí del proceso de ésta. En condiciones de menor escalamiento, y en la medida en que la comunicación se canaliza espontáneamente en direcciones y formas constructivas, los miembros de la tercera parte necesitan ejercer menor control sobre la duración, el orden, la naturaleza o la temática específica de las intervenciones.

La tercera parte

En las condiciones más conducentes al éxito, los miembros de la tercera parte imparcial son responsables de: (i) seleccionar los temas; (ii) convocar al diálogo; (iii) seleccionar a los(las) participantes; (iv) negociar con ellos(as) su aceptación de las reglas de base, sin la cual no se les puede invitar a participar; y (v) ya en la mesa de diálogo, crear y mantener un ambiente conducente al enfoque analítico y no adversarial, enmarcado en las reglas de base; mantener un flujo ordenado y estructurado de los procesos; estimular la confrontación analítica con, la reflexión acerca de y el reexamen de ideas a través de preguntas, la presentación de elementos teóricos relevantes, la recapitulación de lo tratado, etc.; y estimular la construcción de consensos a través de la identificación de opciones conciliadoras y el apoyo a su análisis sistemático.

Tanto el fondo como la forma de las intervenciones de los miembros de la tercera parte ejercen una evidente influencia crítica sobre el desarrollo y los eventuales resultados de un proceso de diálogo. Su elección de temas incide claramente en el grado en el cual el diálogo podrá contribuir a la solución de problemas sociales. El que sea una tercera parte imparcial y no una de las partes involucradas en los conflictos la que convoque al diálogo contribuye a proteger a éste de cualquier percepción o sospecha de que esté sesgado a favor de determinados intereses. La cuidadosa selección de participantes aplicando los criterios propuestos permite evitar dos riesgos en especial: la presencia, incluso en ocasiones auto-convocada, de halcones extremos que tendería a generar un ambiente contencioso y contraproducente; o la presencia de solo una de las partes en conflicto respecto de determinado tema, que tendería a resultar en un falso sentido de consenso. La negociación previa con los (las) participantes de las reglas de base es esencial para maximizar la probabilidad de que éstas sean respetadas. Por último, las diversas intervenciones de la tercera parte en la mesa de diálogo son críticas para apoyar a los(las) participantes en el intento de confrontar y reexaminar sus ideas y eventualmente construir los consensos deseados: es crucial que la tercera parte ayude a mantener el respeto mutuo, el enfoque analítico y el flujo ordenado de ideas, así como en su confrontación psicológica con creencias, valores y actitudes y su posible flexibilización y conciliación.

Cómo mejor entender 'consenso'

Dado que el resultado clave que se pretende obtener de procesos de diálogo es la construcción de consensos, y que hay varias maneras de entender el término consenso, ad-

quiere importancia aclarar su uso. Tal vez la manera más frecuente de entenderlo es como unanimidad de criterios, que tiende a colocar a la idea de consenso en el terreno de lo utópico e inalcanzable. También se lo entiende con frecuencia como equivalente al criterio mayoritario, forma de entenderlo que, de ser aceptado, nulificaría el concepto de consenso como algo distinto, pues ya no se construiría a base del diálogo sino que se determinaría a base de una votación.

La manera en que acá se propone entenderlo, que evita esas dificultades conceptuales e incrementa la real posibilidad de alcanzarlo, es como la aceptación por las diversas personas involucradas de aquella opción de solución a un problema o conflicto con la cual todos pueden vivir.¹⁹ Esa opción puede en el extremo no satisfacer a nadie, pero permitir que nadie se oponga tan fuertemente que esté dispuesto(a) a hacer inviable la supuesta solución.

Más allá de las mesas de diálogo: reducción de la polarización grupal

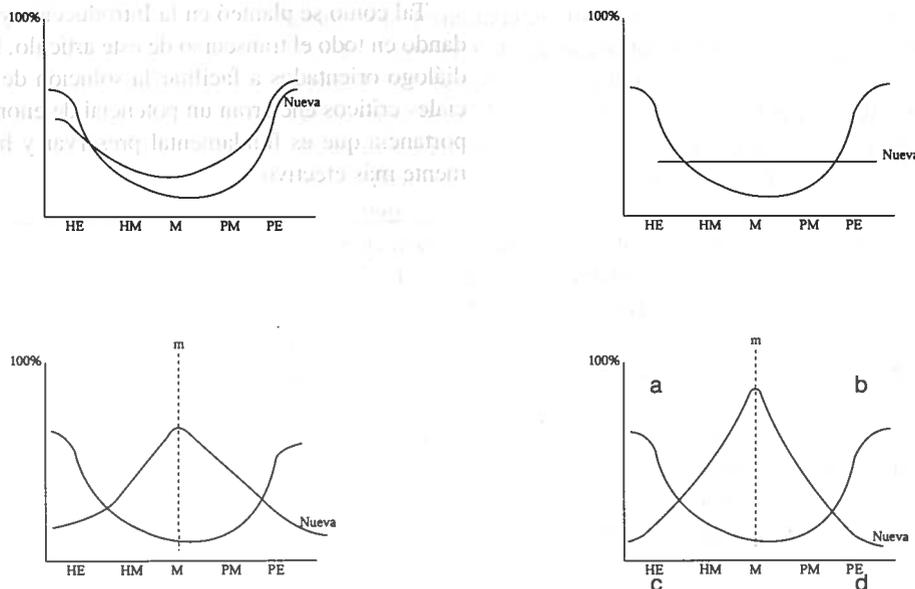
Un conjunto de actividades posterior a procesos de diálogo social que hace que estos contribuyan sustancialmente más a la solución de problemas sociales consiste en difundir ampliamente los resultados para reducir el grado de polarización en la sociedad en general, y en los niveles de toma de decisiones en particular, respecto de los temas tratados. Esta reducción de polarización se realiza a base de (i) lo que el profesor Kelman llama la transferencia de las perspectivas que los(las) participantes van adquiriendo en las mesas de diálogo y de los consensos construidos en éstas,²⁰ y (ii) cuando necesario, el desarrollo de nuevos procesos de diálogo ya no entre grupos en conflicto sino al interior de uno o más grupos cuyos miembros se encuentren a su vez polarizados. Este conjunto de actividades posteriores a los diálogos en sí es de crucial importancia. Sin él, tienen poco o ningún efecto social los cambios de perspectiva que se pu-

diesen lograr y los consensos que se pudiesen construir alrededor de las mesas de diálogo, pues no se convierten en creencias, valores y actitudes, diagnósticos y propuestas socialmente dominantes, que influyen de manera significativa en la toma de decisiones sociales. Los procesos de transferencia y de reducción de polarización intra-grupal que ocurren en esta fase permiten multiplicar los efectos positivos de lo que se hubiese logrado en las mesas de diálogo.

Como ya se ha señalado, los procesos iniciales de diálogo se llevan a cabo entre miembros de grupos opuestos y hasta antagónicos, ubicados en lados opuestos de una distribución como la del gráfico 1. Una vez que los participantes en los diálogos han logrado introducir nuevas perspectivas y, en el máximo nivel de éxito, construir consensos sobre conceptos críticos, el siguiente objetivo debe ser reducir la polarización de la distribución de actitudes en la sociedad en su conjunto. El gráfico 4 muestra cuatro posibles modificaciones progresivamente más ambiciosas, todas ellas caracterizadas por los siguientes cambios: (i) reducción de la proporción de halcones, que es el cambio más importante en términos de hacer viable cualquier consenso social amplio; (ii) incremento en las proporciones de moderados y palomas; (iii) en algunos casos como el (a), un consecuente movimiento de la media hacia la derecha – en el caso (a) de m1 a m2; y (iv) una reducción de la desviación estándar en relación con la media, que refleja un cada vez más amplio consenso alrededor de una postura moderada alejada de ambos extremos.

La opción (a) muestra una apenas leve modificación de la distribución, que continúa mostrando la misma forma general de la original. La opción (b) muestra una distribución en la que las proporciones de cada segmento de opinión (halcones extremos, halcones moderados, moderados, palomas moderados y palomas extremos) son iguales, (20% cada uno) configurando una línea horizontal: claramente, los dos extremos se han reducido y el segmento moderado ha crecido. La opción (c) muestra aún más de los mismos cambios: ya se percibe una curva de Gauss llamada normal, con una única jiba al centro alrededor de la postura más mode-

Gráfico 4
Modificaciones esperadas en la distribución polarizada de actitudes en una sociedad



USFQ - BIBLIOTECA

rada. Por último, la opción (d) muestra una distribución normal aún más concentrada alrededor de la posición moderada – es decir, con aún menor desviación de la media.

A continuación se explican los procesos ya mencionados a través de los cuales se debe buscar lograr esas modificaciones en la distribución de actitudes en el conjunto de la sociedad.

Transferencia:

Genéricamente, la transferencia es el proceso mediante el cual las personas participantes en procesos de diálogo difunden a otras personas las nuevas perspectivas que van adquiriendo y/o los consensos que van construyendo en el proceso.²¹

Si se deja la posibilidad de que tal transferencia ocurra librada a la espontánea voluntad de las personas participantes, ésta puede ocurrir o no, y si ocurre, puede ser amplia o limitada en su alcance, completa o incompleta, profunda o superficial, y en función de todas esas posibilidades, contribuir mucho, poco o nada a la modificación de las distribuciones de actitudes en el conjunto de la sociedad.

Lo más recomendable es que la transferencia desde los (las) participantes hacia diversos segmentos de la sociedad no quede librada a tal acción espontánea y, al contrario, se realice a base de dos tipos de procesos para asegurar una transferencia óptima: el primero consiste en identificar los ámbitos de influencia de cada participante en los diálogos y el segundo en la formulación y posterior ejecución de estrategias de difusión y ejercicio de influencia por parte de los (las) participantes que asegure la transferencia más amplia, completa, profunda y persuasiva posible.

En la medida en que cada grupo de opinión en la sociedad es altamente homogéneo en los criterios de sus miembros, la exitosa transferencia desde las mesas de diálogo hacia la sociedad logrará, por sí sola y con el tiempo, las modificaciones en las distribuciones en la sociedad que se ilustran en el gráfico 4. Sin embargo, los grupos no siempre son altamente homogéneos, y de hecho, en casi toda sociedad, muchos grupos que son importantes exponentes de determinadas visiones y propuestas no lo son. Esos son los casos de polarización intra-grupal (al interior del grupo), en los cuales se hacen necesarios los diálogos intra- (no inter-) grupales que se describen a continuación.

Nuevos diálogos intra- (no inter-) grupales:

La dinámica esencial de estos diálogos es la misma descrita más arriba. Si se establece que son necesarios al interior de cualquiera de los grupos sociales uno o más de cuyos miembros ha participado en los diálogos anteriores, se deberán ejecutar esencialmente los mismos procesos de identificación y selección de participantes, desarrollo de nuevas formas de comunicación, identificación de ideas críticas, y confrontación con, reflexión acerca de, y reexamen de éstas en busca, nuevamente, de la construcción de consensos.

Para dejar totalmente claro el concepto, asúmase que en una mesa de diálogo original participaron personas pertenecientes a 5 grupos, A, B, C, D, y E. Asúmase además que los grupos A, B, C, y E son altamente homogéneos, es decir, que los criterios, las propuestas e incluso los conjuntos conceptuales subyacentes – creencias, valores, actitudes – de sus miembros muestran alta concentración alrededor de un consenso en el centro moderado como en la distribución (d) del gráfico 4. Asúmase, por último, que, al contrario de estos grupos, el Grupo D muestra una distribución altamente polarizada, como la del gráfico 1, en sus criterios sobre determinada idea o propuesta crítica. Los diálogos intra- (no inter-) grupales a los que se refiere esta Sección se deben llevar a cabo entre miembros de ese Grupo D, con el objeto de reducir la polarización al interior de ese grupo y, en consecuencia, tanto la polarización general de la sociedad como la probabilidad de que el Grupo D o algunos de sus miembros dificulten la construcción y consolidación de un consenso social amplio.

Conclusión

Los criterios que se han presentado en las secciones anteriores para la optimización de procesos de diálogo no siempre son aplicados por diversos motivos. Cuando no se aplica uno o más de ellos, se incurre en dos riesgos similares a aquellos en los que incurre un enfermo que toma antibióticos sin seguir las indicaciones de su médico: primero, no lograr el objetivo, y segundo, generar resistencias al remedio que en el extremo pueden tornarlo permanentemente ineficaz.

Tal como se planteó en la Introducción y se ha ido validando en todo el transcurso de este artículo, los procesos de diálogo orientados a facilitar la solución de problemas sociales críticos encierran un potencial de enorme valor e importancia que es fundamental preservar y hacer crecientemente más efectivo.

Notas

1. De acuerdo con un análisis que realicé recientemente, se ha registrado seria violencia interna – guerra civil, prolongada represión política, étnica o religiosa y consecuentes masacres, genocidios, etc. – en 90 de los 191 países hoy existentes en el mundo durante el siglo XX y lo que va del XXI; en el continente americano, solo Canadá, Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica se han salvado de esa experiencia desde 1900. De acuerdo con *el World Refugee Survey 2001*, U.S. Committee for Refugees, Washington, D.C., 2002, casi 35 millones de seres humanos, entre refugiados (que se definen como tales por el hecho de haber cruzado una frontera internacional) y desplazados internos (que permanecen dentro de sus propios países) habían huido de sus hogares a causa de la violencia interna o condiciones de guerra internacional a fines de 2001.
2. Para una exploración del pensamiento, las actitudes y los esquemas suma cero y suma positiva y sus implicaciones, véase Zalles, Jorje H., “Suma Cero, la Tradición Contenciosa y las Teorías Contemporáneas de Resolución de Conflictos” en *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Vol. 1, No. 2, julio del 2000, pág. 65-74.
3. Véase en especial Hovland, C.I., Janis, I. L., & Kelley, H.H., *Communication and Persuasion*, Yale University Press, New Haven, CT, 1953; y Hovland, C.I., ed., *Order of Presentation in Persuasion*, Yale University Press, New Haven, CT, 1957.
4. Greenwald, Anthony G., Cognitive learning, cognitive response to persuasion and attitude change, en *Psychological Foundations of Attitudes*, A.G. Greenwald, T.C. Brock & T.M. Ostrom, eds., Academic Press, New York, 1968, pp. 147-170.
5. Zanna, M.P. & Rempel, J.K. Attitudes: A new look at an old concept en *The Social Psychology of Knowledge*, D. Bar-Tal & A.W.Kruglanski, eds., Cambridge University Press, New York, 1988.
6. Zillmann, D. & Cantor, J., Effect of timing of information about mitigation circumstances on emotional response and retaliatory behavior, en *Journal of Experimental Social Psychology*, 12, 1976, pág. 38-55.
7. Burton, John W., *Conflict and Communication: The Use of Controlled Communication in International Relations*, Macmillan, London, 1969; y Burton, John W., *Peace Theory*, Knopf, New York, 1962.
8. Véase en especial Kelman, Herbert C., An Interactional Approach to Conflict Resolution, en *Psychology and the Prevention of Nuclear War*, Ralph K. White, ed., New York University Press, New York, 1986, pp. 171-193; Kelman, Herbert C., Informal Mediation by the Scholar/Practitioner, en *Mediation in International Relations: Multiple Approaches to Conflict Management*, J. Bercovitch & J. Rubin, eds., St. Martin's Press, New York, 1992, pág. 64-96.
9. Doob, Leonard W., *Resolving Conflict in Africa: The Fermeda Workshop*, Yale University Press, New Haven, 1974; Doob, L.W. & Foltz, W.J., The Belfast Workshop: An Application of Group Techniques to a Destructive Conflict, *Journal of Conflict Resolution* 17, 1973, pág. 489-512. Además de su importante trabajo en el contexto de diálogos para el desescalamiento y la resolución de conflictos, Doob es ampliamente conocido como coautor de la teoría de la agresión como respuesta a la frustración, formulada en 1939: Véase Dollard, John, Doob, Leonard W., Miller, Neal E., Mowrer, O.H. & Sears, Robert R., *Frustration and Aggression*, Yale University Press, revised edition, 1960.
10. Véase en especial Suuskind, Lawrence A., *Breaking the Impasse* (con Geoffrey Cruikshank), The MIT-Harvard Public Disputes Program, Basic Books, New York, 1987, y *Dealing with an Angry Public* (con Patrick Field), The Free Press, New York, 1996.
11. Esta manera de entender conflicto fue propuesta por Jeffrey Z. Rubin. Véase Rubin, Jeffrey Z., Pruitt, Dean G., & Kim, Sung Hee, *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settelement*, 2nd edition, McGraw-Hill, Inc., New York, 1994, pág. 5 y pág. 12.
12. Sobre el tema de polarización grupal, véase Rubin, Pruitt, & Kim, *op. cit.*, pág. 92-93.
13. Por ejemplo, una encuesta publicada por la Universidad de Jerusalén a fines del año 2000, poco antes de las elecciones de Primer Ministro en Israel mostró que el lado anti-palestino y anti-paz (sumados ‘halcones’ extremistas y ‘halcones’ moderados) representaba el 57% de la población adulta; el grupo moderado representaba el

Notas

12%, y el lado pro-palestinos y pro-paz (sumados 'palomas' extremistas y 'palomas moderados') representaba el 31%.

14. La importancia de incluir a personas influyentes entre los(las) participantes en procesos de diálogo del tipo que se analiza es especialmente enfatizada por el profesor Kelman. Véase Kelman, Herbert C., *An Interactional Approach to Conflict Resolution* *op. cit.*, y Kelman, Herbert C., *Informal Mediation by the Scholar/Practitioner*, *op. cit.*

15. Kelman, Herbert C., *An Interactional Approach to Conflict Resolution* *op. cit.*, pág. 178.

16. *Ibid.*, pág. 179.

17. Dos hechos en el contexto de un mismo conflicto constituyen clara evidencia de los riesgos en que incurren los constructores de diálogos, consensos y procesos de paz: el asesinato por halcones islámicos del Presidente egipcio Anwar El Sadat por haber firmado la paz con Israel en 1978, y el asesinato por halcones israelíes del Primer Ministro Yitzak Rabin por haber firmado los acuerdos de Oslo con los palestinos en 1993.

18. Harold H. Saunders plantea tres condiciones básicas: 1) que las partes estén debidamente organizadas para negociar; 2) que tengan una definición común del o de los problemas que deben ser materia de la negociación, y 3) que estén comprometidas con la búsqueda de una solución negociada. Aunque la primera puede estar satisfecha aún en condiciones de escalamiento muy intenso, la segunda y tercera típicamente no lo están, en cuyo caso se hace necesario un proceso que genéricamente se denomina de pre-negociación para desescalar el conflicto al punto que se den esas condiciones. Véase Saunders, Harold J., *We Need a Larger Theory of Negotiation: The Importance of Pre-Negotiating Phases*, en Breslin, J. William & Rubin, Jeffrey Z., eds., *Negotiation Theory and Practice*, Program on Negotiation Books, Harvard Law School, Cambridge, 1991, pág. 57-70.

19. Esta manera de entender consenso fue propuesta por el Prof. Lawrence Susskind de Massachusetts Institute of Technology, MIT, autor de varios libros importantes sobre el tema de construcción de consensos. Entre ellos merecen especial atención *Breaking the Impasse* (con Geoffrey Cruikshank), The MIT-Harvard Public Disputes Program, Basic Books, New York, 1987, y *Dealing with an Angry Public* (con Patrick Field), The Free Press, New York, 1996.

20. Kelman, Herbert C., *An Interactional Approach to Conflict Resolution* *op. cit.*, pág. 185.

21. *Ibid.*, pág. 185.

La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano

José Meythaler

El propósito del artículo es analizar los cambios que han ocurrido en el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano.

Las dificultades en la implementación de la reforma judicial de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como la falta de voluntad política de algunos sectores de la administración pública, han impedido un efectivo cumplimiento de la reforma. En consecuencia, el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano ha sido objeto de un estudio que busca determinar su evolución y su impacto en la calidad de la gestión pública. Este estudio se basa en un análisis de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como en un análisis de la práctica administrativa. El estudio concluye que el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano ha sido objeto de un estudio que busca determinar su evolución y su impacto en la calidad de la gestión pública. Este estudio se basa en un análisis de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como en un análisis de la práctica administrativa.

El propósito del artículo es analizar los cambios que han ocurrido en el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano. Este estudio se basa en un análisis de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como en un análisis de la práctica administrativa.

El estudio concluye que el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano ha sido objeto de un estudio que busca determinar su evolución y su impacto en la calidad de la gestión pública. Este estudio se basa en un análisis de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como en un análisis de la práctica administrativa.

El propósito del artículo es analizar los cambios que han ocurrido en el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano. Este estudio se basa en un análisis de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como en un análisis de la práctica administrativa.

El estudio concluye que el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano ha sido objeto de un estudio que busca determinar su evolución y su impacto en la calidad de la gestión pública. Este estudio se basa en un análisis de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como en un análisis de la práctica administrativa.

El estudio concluye que el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano ha sido objeto de un estudio que busca determinar su evolución y su impacto en la calidad de la gestión pública. Este estudio se basa en un análisis de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como en un análisis de la práctica administrativa.

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

JOSÉ MEYTHALER

La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano

El estudio concluye que el efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano ha sido objeto de un estudio que busca determinar su evolución y su impacto en la calidad de la gestión pública. Este estudio se basa en un análisis de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, así como en un análisis de la práctica administrativa.

La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano

José Meythaler

Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante

Esta es la parte sustancial del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado (31 de marzo de 1993), que dio origen en Ecuador a una nueva forma de ver las relaciones entre el Estado y el ciudadano. El Legislador decidió abandonar un sistema odioso que premiaba la vagancia y el autoritarismo de los agentes estatales en desmedro de los intereses de los individuos y la agilidad de las relaciones económicas, factores importantes dentro de un sistema que buscaba dar preferencia a la iniciativa privada, como nuevo sustento de la economía nacional. El papel tradicional del Derecho Administrativo en el Ecuador, caracterizado por favorecer los intereses de la burocracia y dificultar el ejercicio del derecho de petición, sufría con esta nueva legislación un cambio de objetivos, en donde el individuo, y ya no el Estado, era la parte fundamental a proteger dentro de la relación individuo- Estado.

Se sabía que este esfuerzo de redirección del Derecho Administrativo en Ecuador iba a sufrir importantes tropiezos derivados en gran parte de la casi nula organización previa de la burocracia para enfrentar el desafío de la aceptación tácita. Tal nueva regla implicaba que la burocracia estaba en la necesidad de capacitarse, reorganizarse, mejorar su eficiencia y cambiar su percepción sobre el ciudadano común, quien había sido tradicionalmente mal tratado por los agentes públicos. Por otra parte, resultaba notorio que el original texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado dejaba ver algunos vacíos relativos a temas tales como: el efecto del acto administrativo expreso posterior al tácito; la competencia de la autoridad después de verificado el acto tácito; la calidad jurídica del acto tácito; la prueba del mismo; la forma de ejercer los derechos que se derivaban de éste; etc. En todo caso, y sopesando los efectos positivos y negativos de la reforma de 1993, nos quedaba claro a muchos que la reforma introducida en el sistema legal ecuatoriano era uno de los más importantes esfuerzos de racionalización de nuestro Derecho Público, y por eso consideramos que el resultado fue muy positivo. Las universidades ecuatorianas poco han hecho para reconocer los méritos de la reforma, y viene siendo hora de que

se profundice el análisis de los efectos causados con la misma en la sociedad ecuatoriana, ahora que han transcurrido 10 años desde su introducción.

Las dificultades en la implementación de la reforma -falta de preparación previa de la autoridad y dudas importantes en lo jurídico sobre aspectos relacionados a la aceptación tácita- no impidieron un esfuerzo inteligente y complementario de la Corte Suprema de Justicia para reforzar la reforma con la expedición de fallos que paulatinamente crearon en la práctica nuevas instituciones del derecho administrativo y que previamente hacían falta para darle sentido práctico a la aceptación tácita. Esta labor de la Corte Suprema de Justicia tiene a mi manera de ver dos grandes etapas, caracterizada la primera por complementar la reforma del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y una segunda etapa en donde más bien encuentro cierta regresión y hasta una peligrosa alteración de la calidad jurídica del acto tácito, que de derecho sustantivo parecería ser que pasa a ser considerado como un derecho procesal. Independientemente de los rumbos que tome ahora la visión de la Corte Suprema de Justicia sobre la aceptación tácita, 10 años después de la reforma es tiempo suficiente para analizar retrospectivamente sus efectos y darle un nuevo impulso. No todo el trabajo de estudio, complementación y mejoramiento de la reforma le toca hacer a la Corte Suprema de Justicia tan solo. La modernización del derecho es una tarea de estudiosos y universidades, quienes deberían facilitar al Congreso Nacional un proyecto de reforma que salve a la aceptación tácita de una tendencia regresiva que se empieza a notar en ciertos sectores de la burocracia y en determinadas instancias del aparato procesal del Estado.

El anquilosado sistema de administración de justicia en lo contencioso administrativo -dejado de lado en la reforma modernizadora del derecho ecuatoriano- impidió durante cierto tiempo que los casos de aceptación tácita lleguen a manos de la Corte Suprema de Justicia. Uno de los primeros fallos realmente trascendentes apareció en el juicio 331-97 (R.O. 287, de 31 de marzo de 1998), en el cual se hacen las siguientes declaraciones:

En torno a la materia, conviene señalar que el derecho que se establece por el Ministerio de la Ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de Estado francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuanto tal declaración es emitida después del término que la Ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio

Las declaraciones contenidas hasta aquí ponen de manifiesto que la Corte Suprema decidió dar un impulso decidido a la reforma, pues nada en el artículo 28 de la Ley de Modernización permitía concluir cuál misma era la calidad jurídica de la aceptación tácita, ni cuál era el efecto del acto extemporáneo posterior de la autoridad y contradictorio al acto tácito. Sobre el primer gran asunto –la calidad de la aceptación tácita–, la Corte Suprema apelando a fuentes legítimas del Derecho Administrativo, concluyó que se trataba de un derecho sustantivo del ciudadano de naturaleza autónoma, es decir que no dependía de nada para su existencia, inclusive de una expresión escrita del acto tácito o de la voluntad de la autoridad para aceptarlo y/o ejecutarlo. A partir de esta valiente reforma, la aceptación tácita casi no requería de nuevos esfuerzos de complementación en lo sustancial y más bien el trabajo debía caminar hacia las formalidades y en cómo lograr la más pronta aplicación de lo aceptado tácitamente. En unos casos la aceptación tácita podía ser fácilmente ejercida por el ciudadano, pues el derecho concedido no requería declaración o formalidad ulterior de la autoridad. Pero hubieron, como lo hay ahora, casos en los cuales en los que el acto tácito era el inicio o formaba parte de una secuencia de otros actos o hechos administrativos que dependían de éste para que se alcance el propósito real de la petición del ciudadano. No es lo mismo pedir la eliminación de una multa impuesta a pedir el pago de un valor debido por la administración. En el primer caso, la aceptación tácita no requiere de nada más que su materialización. En el segundo caso, el pago depende una serie de otras nuevas actuaciones administrativas.

En lo que es importante, la Corte Suprema no hacía diferencia los casos de aceptación tácita –en estricta lógica, el Juzgador no puede hacer diferenciaciones donde la ley no lo ha hecho–, con lo cual poco resulta importante el lugar del acto tácito, es decir nada cambia cuando el acto tácito subsiste por sí mismo o es parte de una secuencia de otros actos o hechos administrativos, pues en las dos situaciones la Corte Suprema le otorga la misma calidad de acto autónomo.

De nada hubiere servido esta declaración si en forma simultánea la Corte Suprema hubiere dejado de lado sus conclusiones con relación al acto posterior de la autoridad que contradice el acto tácito. Tal situación de incumplimiento a la aceptación tácita representada en la expedición de un acto expreso y contradictorio del tácito después de los quince días a los que se refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización, pasaba con mucha frecuencia: la autoridad administrativa no cumplía con la aceptación tácita porque se veía desbordada por los hechos, o simple y llanamente no la aplicaba. En algunos casos, la autoridad daba una explicación más o menos risible por qué no lo hacía, y en otros el desacato era manifiesto. Recuerdo que durante cierto tiempo la justificación que daban los funcionarios del Iess para no aplicar la aceptación tácita, era que su entidad tenía autonomía administrativa; explicación que equivalía a decir, palabras más palabras menos, que al Iess no le tocaba aplicar las leyes ecuatorianas, sino sus propias regulaciones. Absurdo inmenso; pero absurdo que reflejaba el nivel de resistencia que tuvo el silencio administrativo, y que lamentablemente subsiste. El tiempo hizo que los propios funcionarios del Iess apelaran a la aceptación tácita para satisfacer sus derechos derivados de la carrera administrativa.

La Corte Suprema cortó de raíz toda tendencia contradictoria de la propia autoridad a la aceptación tácita y, tal como aparece en los tramos de la sentencia que he transcrito, declaró que los actos posteriores de la autoridad, contradictorios a la aceptación tácita, no le afectan a ésta última. De manera casi revolucionaria, la Corte Suprema había hecho el milagro de introducir en el Derecho Administrativo Ecuatoriano la figura de la inexistencia jurídica de los actos administrativos, una institución indispensable en el derecho actual y cuyo propósito es castigar con la desobediencia a los actos manifiestamente nulos o groseros, como se los llama en doctrina. Si la presunción reinante es que todo acto se considera legítimo y está llamado a cumplirse, tal presunción debe inaplicarse a los casos en los cuales los vicios del acto administrativo son evidentes y claramente ofensivos al derecho, pues sólo de esta manera se logra el siempre presente equilibrio jurídico que debe acompañar a las relaciones entre el Estado y el individuo. Las consecuencias prácticas de semejante reforma fueron que los actos posteriores de la autoridad no requerían ser declarados nulos en sentencia para dejar de tener efectos. Simple y llanamente, no valían; no debían ser tomados en cuenta por la autoridad ni por el ciudadano; no cabía que se aplique presunción alguna sobre el acto extemporáneo. Es una verdadera pena que la Corte Suprema no haya desarrollado más ampliamente esta idea en sus futuros fallos.

Posteriormente a este fallo, la Corte Suprema trabajó mucho en el tema y recalco hasta hace poco tiempo la naturaleza autónoma de la aceptación tácita y la inexistencia del acto extemporáneo. Considero que tales concepciones no han variado con la reforma al artículo 28 de la Ley de Modernización introducida por la Ley Trole (18 de agosto del 2000), pues la reforma consistió exclusivamente en la incorporación del siguiente texto:

Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. (desde aquí la reforma) Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir el ejercicio de los derechos que correspondan.

El legislador introduce con la reforma una modalidad de la prueba del silencio administrativo positivo –una certificación– y estipula una sanción para el supuesto de que el servidor público se niegue a concederla –su destitución–.

La reforma es claramente insuficiente y con ello se perdió una oportunidad importante para continuar la evolución del sistema en la dirección que había iniciado y casi completado la Corte Suprema de Justicia. En todo caso, salta a

la vista que lo único interesante de la reforma fue la introducción de un mecanismo de prueba de la aceptación tácita, pues lo otro, consistente en la supuesta sanción al funcionario renuente de entregar esa prueba, es de sobra sabido que constituirá letra muerta por el sistema de protección organizada que hay entre los funcionarios de la administración pública.

Parecería ser que el legislador consideró que la falencia de la aceptación tácita como institución jurídica radicaba en la forma de demostrar su existencia y es por ello que limitó su esfuerzo a este asunto. Lamentable percepción, pues la aceptación tácita puede ser probada de distintas maneras, y la menos recomendable era el solicitar al mismo funcionario público que la causó que certifique por escrito que tal aceptación se había provocado. Si tomamos en cuenta la norma del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, que considera la suspensión del procedimiento administrativo como una infracción penal, la nueva regla era como pedirle al funcionario público que otorgara la evidencia escrita de su posible infracción penal, dado que en la mayoría de los casos la generación de la aceptación tácita es la consecuencia de la suspensión de un procedimiento administrativo. Peligrosa alternativa para el funcionario público: si entrega la certificación de la aceptación tácita puede ser sancionado por cometer un delito; y si no la entrega, puede ser destituido.

A este problema se agrega otro de mayor trasfondo jurídico: si la ley manda a que la competencia cese por razones del tiempo, lo cual quiere decir que, una vez concluido el plazo dentro del cual cabe la respuesta de la administración a una solicitud o pedido, cesan automáticamente sus facultades, mal cabía que se de una especie de prórroga a tales facultades con el exclusivo propósito de que el funcionario certifique la aceptación tácita. Y el problema jurídico se agrava cuando se inicia el análisis de lo que el funcionario puede o no puede certificar: una cosa es limitarse a dar fe escrita de que la aceptación tácita existe, y otra muy distinta el que el funcionario en cuestión agregue cualquier declaración sobre las características y/o el contenido de tal aceptación tácita: en qué consiste, cuándo se la ejerce, cómo se la ejerce, en que circunstancia se aplicará la aceptación tácita, etc. Es decir, y en este supuesto, el funcionario público pasaría a ser un cuestor del acto tácito, definiendo los límites y el alcance del mismo. Es evidente que la reforma no faculta a esto último; pero hubiere sido preferible que no se genere este riesgo de interpretación. Con ello es pertinente concluir que la reforma no mejoró la institución de la aceptación tácita.

La deficiente reforma al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado dejaba nuevamente en manos de la Corte Suprema de Justicia la responsabilidad de continuar –sola– el proceso de aplicación del acto tácito. Situación extraña ésta, pues por lo general la evolución de una institución jurídica viene de la mano de la reforma legal antes que del accionar de los jueces, algo que en todo caso no dejamos de aplaudir.

Varias sentencias se han dictado desde entonces, pero la que merece nuestra atención es la dictada dentro del juicio número 358 (R. O. 23, de 17 de febrero de 2003). Sus declaraciones más importantes, son:

Conforme se ha pronunciado la Sala y constituye ya precedente jurisprudencial obligatorio, el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto del silencio, y que como tal derecho autónomo, da origen a una acción procesal independiente, la cual bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional; advirtiéndose que en ésta la acción será simplemente de ejecución y no de conocimiento, por lo que naturalmente no daría lugar a un recurso de casación... Finalmente la materia ha sido modificada por la norma introducida como inciso siguiente al primero del Art. 28, según el cual la acción de ejecución debe estar respaldada en un instrumento público, constituido por la certificación otorgada por el funcionario competente de la institución del Estado, el cual está obligado, a pedido del interesado y bajo pena de destitución, a indicar el vencimiento del término desde el cual se ha producido el efecto del silencio administrativo, con lo que se demuestra que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente con todos los efectos señalados anteriormente.

La confirmación de la Corte Suprema de que hay precedente jurisprudencial obligatorio con respecto a que la aceptación tácita constituye un derecho autónomo, resume la más importante contribución de los Jueces a la racionalización de las relaciones individuo – Estado. Este derecho autónomo, por lo mencionado anteriormente, es válido y puede ser ejercido por el ciudadano aún contra la voluntad de la autoridad renuente a su aplicación; y cuando tal impedimento se hace de imposible superación, el funcionario y la entidad asumen las responsabilidades civil y penal que las leyes estipulan. La autonomía del derecho derivado de la aceptación tácita pasa a tener fuerza de ley.

La otra contribución de esta sentencia es haber delimitado el ámbito de aplicación del funcionario que certifica la aceptación tácita: su papel es indicar el vencimiento del término desde el cual se ha producido el efecto del silencio administrativo. Esta delimitación hace infructuosa cualquier disquisición sobre si el funcionario que certifica debe hacer cualquier juicio de valor sobre el alcance del acto tácito.

Lamentablemente, y dentro de esta misma sentencia, existen otras declaraciones que dejan en duda otros importantes aspectos de la aceptación tácita positiva, y en especial el convertir a la misma en un mero derecho procesal, lo cual va en evidente contrasentido con las normas que reglan esta institución en el país. En ninguna parte de la ley se ha concebido a la aceptación tácita como un derecho que permite tan solo el ejercicio de una opción procesal para que tal situación jurídica –la aceptación tácita– sea posteriormente aprobada y/o ratificada y/o limitada y/o denegada por parte de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. De tener este sentido la ley, y que no lo tiene, todo proceso de aceptación tácita requeriría de manera previa a su implementación el visto bueno de la administración de justicia y de no haber tal visto bueno la aceptación tácita no existiría; no podría ser ejecutada.

Hay que tomar en cuenta que la jurisprudencia existe para llenar los vacíos de la ley; pero de ninguna manera puede ser usada para modificar la ley.

En todo caso, es comprensible un esfuerzo regulador de la aceptación tácita para evitar potenciales abusos en su generación y uso; pero la solución al eventual abuso no viene de la mano de la eliminación del sentido objetivo del derecho derivado de la aceptación tácita y su transformación en un mero derecho adjetivo, procesalista. A esto hay que sumar que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no disponen de ningún cuerpo normativo en el cual se estipule de manera clara un proceso sumario de ejecución de la aceptación tácita, que parece es ahora la opinión de la actual Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, la parte de la sentencia referida a estos dos aspectos: cambio de la naturaleza del derecho derivado de la aceptación tácita y procedimiento de ejecución de la aceptación tácita aparece del siguiente texto de la antes citada sentencia:

Tercero.- Ahora bien, en el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para que opere el silencio administrativo y no hubiera logrado obtener en sede administrativa tal certificación, su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atenderse luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia. Pero si el interesado no hubiere procedido de tal forma y en consecuencia no presentare el instrumento público al que se refiere el

inciso agregado al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado o en su caso la diligencia previa antes referida, es evidente que la acción deducida sea de conocimiento, en la que necesariamente se discutirá el derecho del actor a obtener lo pretendido mediante la respectiva solicitud, pudiendo dentro del término de prueba realizar las diligencias pertinentes, dentro de las cuales tiene trascendental importancia la copia de la solicitud presentada con la razón de la fecha de recepción, a fin de demostrar la presentación ante la autoridad competente de su solicitud y a falta de respuesta oportuna, prueba ésta que será en tal caso decisoria en su favor, pero siempre que se demostrare la violación del derecho del recurrente al no haber aceptado el pedido. En este último evento, el juicio de conocimiento podrá ser objeto del recurso de casación.

Estas declaraciones son similares a las aparecidas previamente en la sentencia dictada dentro del juicio 358 (R.O. 23, de 17 de febrero del 2003).

Creemos que las mismas, en la medida en la cual restringen la calidad de derecho sustantivo de la aceptación tácita, no son compatibles con la naturaleza y el alcance del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; y más bien engloban una peligrosa regresión al sistema anterior de negativa tácita, pues de qué serviría una supuesta aceptación tácita si lo que único que permitiría es el inicio de una acción de cumplimiento ante la Administración de Justicia.

Todavía es tiempo de enmendar o aclarar cualquier decisión de la Corte Suprema de Justicia. La aceptación tácita, en su sentido natural y obvio: un derecho autónomo inmediatamente exigible ante cualquier órgano o autoridad, es la única interpretación que cuadra con el sentido de la ley vigente.

USFQ - BIBLIOTECA

LORENA CASCANTE REDÍN.- Profesora de Teoría del Proceso, Teoría de la Prueba y Derecho Procesal Orgánico, en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

RICARDO CRESPO PLAZA.- Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Quito, ejerce la profesión en el campo ambiental. Profesor de Derecho Ambiental en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

RAMIRO AGUILAR TORRES.- Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Quito, ha sido profesor de Derecho Penal en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

RAFAEL OYARTE MARTÍNEZ.- Magíster en Derecho Público y posttítulo en Derecho Constitucional por la P. U. Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Asesor del Tribunal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección ecuatoriana

SANTIAGO ANDRADE UBIDIA.- Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Director de la Subsede Ecuador de la Universidad Andina Simón Bolívar.

JAIME VINTIMILLA SALDAÑA.- Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Curso superior sobre Destrezas procesales orales y Derecho angloamericano por la Universidad de Delaware, profesor en la PUCE y en la Universidad de las Américas. Director Ejecutivo del Centro sobre Derecho y Sociedad CIDES.

DOMINGO GARCÍA BELAÜNDE.- Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima; miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO.- Doctor europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho constitucional. Universidad Complutense de Madrid (España). El autor lo es también del libro La acción de inconstitucionalidad, con prólogo del Prof. Dr. Francisco Fernández Segado, UNAM, México, 1999, 2001 (1ª reimpression).

JUAN MANUEL SOBRINO HEREDIA.- Catedrático de Derecho Internacional Público, Director del Instituto Universitario de Estudios Europeos "Salvador de Madariaga" de la Universidad de La Coruña (España).

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA.- Ha sido decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Lima y Ministro de Relaciones Exteriores del Perú. Profesor de Historia del Derecho y de Filosofía del Derecho.

ÁLVARO ROMÁN.- Doctor en jurisprudencia, Universidad Central, Especialista Superior en Contratación Pública, Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado en libre ejercicio.

HUGO A. ACCIARRI.- Profesor de Derecho y Codirector el Grupo de Investigación (PGI) sobre Análisis Económico del Derecho de Daños, en la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina).

FERNANDO PACHÓN LINERO.- El doctor Pachón, colombiano, ejerce la profesión de abogado en el campo de la propiedad intelectual. Ha sido profesor del Colegio de Jurisprudencia y de Artes Liberales en la Universidad San Francisco de Quito.

CÉSAR MONTÚFAR.- El doctor Montúfar es PH.D por el Departamento de Ciencias Políticas del New School for Social Research de la ciudad de Nueva York; Director del Centro Andino Estudio Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar y Director de Participación Ciudadana.

VLADIMIR SERRANO PÉREZ.- Licenciado en Derecho, Vladimir Serrano ha sido Secretario de la Administración Pública. Ha sido profesor de la Pontificia Universidad Católica de Quito y de la Universidad de las Américas. Ha publicado el libro "Ecología y Derecho", entre otros.

JORJE ZALLES.- Profesor de Teoría del Conflicto y de Teorías de Liderazgo en la Universidad San Francisco de Quito. Graduado en las universidades de Yale y Harvard, es miembro asociado permanente del Programa de Análisis y Resolución de Conflictos Internacionales.

JOSÉ MEYTHALER.- Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad del Ecuador, profesor de Instituciones de Derecho en la misma universidad y en la Universidad Internacional SEK.