

# IURIS DICTIO

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO



Octubre 2004

IURIS DICTIO

Año IV, N° 8

# IURIS DICTIO

Revista del Colegio de Jurisprudencia  
Universidad San Francisco de Quito

---

Año IV, N° 8

Quito, octubre 2004

---

Director:

Fabián Corral Burbano de Lara

Editor:

Diego Pérez Ordóñez

Consejo Editorial:

Fabián Corral Burbano de Lara

Lorena Cascante Redín

Diego Pérez Ordóñez

Alvaro Galindo

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.

---

<b>EDITORIAL</b>	<b>5</b>
<hr/>	
<b>SECCIÓN MONOGRÁFICA</b>	
<b>APORTE DE LA ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL</b>	
<hr/>	
<i>Alejandro Ponce Martínez</i> El juez y la administración ante el ordenamiento jurídico	7
<i>Galo Chiriboga Zambrano</i> La inmunidad parlamentaria	11
<i>Jorge Zavala Egas</i> Teoría de la seguridad jurídica	13
<i>Rafael Oyarte Martínez</i> Los órganos de la Función Legislativa	19
<i>Marena Briones Velasteguí</i> Un trayecto de más de 170 años: la libertad de expresión en la Constitución ecuatoriana	33
<hr/>	
<b>SECCIÓN LIBRE</b>	
<hr/>	
<i>David Sperber</i> La posición jurídica del titular de la marca registrada en España y la Comunidad Económica Europea	53
<i>Jorge Luis Collantes</i> Crímenes de Derecho Internacional y la justicia penal de los Estados	66
<i>Jaime Rodríguez-Arana Muñoz</i> Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo	83
<i>Marta Gonzalo Quiroga</i> Planteamiento jurídico de la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial de los ciudadanos ecuatorianos en España	91
<i>María Paula Romo</i> Justicia y sociedad civil	104
<i>Fabían Corral</i> La prensa, entre el espectáculo y la verdad	108
<hr/>	
<b>SECCIÓN JURISPRUDENCIA</b>	
<hr/>	
<i>Alejandro Ponce Villacís</i> Sin luz al final del túnel: breve análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la directa aplicación del Derecho Internacional	115
<i>La Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional</i>	123
<b>NUESTROS COLABORADORES</b>	<b>124</b>
<hr/>	

# El juez y la administración ante el ordenamiento jurídico

Alejandro Ponce Martínez

Uno de los más graves problemas que afronta el ciudadano ecuatoriano es la ineptitud de la inmensa mayoría de los jueces y, evidentemente, de la Administración Pública, para cumplir el más alto deber del Estado que es, de acuerdo con el Art. 18 de la Constitución, la defensa y promoción de los derechos humanos. Si la Administración Pública sostiene, en ocasiones, que la más alta norma jurídica es el instructivo del superior jerárquico o el reglamento que, sin facultad, expide el órgano administrativo, de igual modo, ciertos jueces se amparan en las costumbres ancestrales para negar la posibilidad de garantizar a las partes el derecho a la tutela jurídica. El deber ineludible de mantener la supremacía de la Constitución no solo surge, como en ocasiones se dice, de la actual Constitución del 5 de junio de 1998. Esa supremacía ha existido desde el surgimiento de los Estados de derecho en los cuales la Constitución es la norma suprema, de aplicación obligatoria y primaria por cualquier órgano público. La regla fundamental de la aplicación del derecho y de su interpretación ha sido la de la sujeción de las normas inferiores al ordenamiento constitucional. No puede haber decisión pública que no se sustente en la Constitución, ni cabe que se interprete y aplique la ley (la esencial fuente de derecho legislado, pues el reglamento, en virtud de la propia Constitución, no es fuente de derecho, puesto que no puede ni alterar ni interpretar la ley), sin que tal interpretación o aplicación tenga como base sustancial la Constitución y, dentro de ésta, las normas sobre las garantías y sobre los derechos humanos, incluidos en ella y en los instrumentos internacionales (no sólo, pues, los tratados y convenciones).

Los jueces, sin embargo, en su inmensa mayoría, siguen apegados a los procedimientos y reglas coloniales, inclusive en la forma física en que ordenan los procesos. El Consejo Nacional de la Judicatura que se creó con el fin de administrar a la Función Judicial se ha limitado a crear en su seno una inmensa burocracia, totalmente innecesaria, y ha enderezado sus funciones a través de un reglamento que atenta el derecho del ciudadano a una justicia imparcial, en contra de la Constitución y en un concertado atentado contra el desarrollo social. Ha mantenido en sus cargos o se ha abstenido de sancionar a miembros de tribunales penales que duermen durante las audiencias del juicio o a ministros de cortes superiores que sostienen que las acciones de compañías son bienes inmuebles y ha reinstaurado en los cargos a jueces que contrataban peritos para atentar contra los derechos individuales, en violación del deber de luchar contra

la corrupción y en contra de la prohibición de permitir el reingreso de quienes han sido destituidos del empleo.

En estas notas se busca señalar algunas conductas que están en abierta contradicción del ordenamiento constitucional y que demuestran lo poco que interesa a ciertos órganos judiciales la defensa insobornable de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, que constituye y debe constituir su principal misión. De igual modo se intenta insistir, una vez más, en actuaciones de la Administración Pública que destruyen el orden jurídico para imponer la despótica voluntad del burócrata engraido. No constituye el fin de este artículo el revisar científicamente las decisiones de ciertos casos que atentan contra el sistema de un Estado social de derecho, sino que su objetivo es el de, empíricamente, con los datos de la vida diaria, enunciar hechos que se repiten y que requieren de una corrección indispensable si es que intentamos que cese la ilegalidad, que se eliminen las corruptelas, que se destierre la corrupción y que el diáfano imperio de la Constitución sea el guía del actuar público.

Como he dicho, el reglamento no constituye, en nuestro ordenamiento jurídico, fuente de derecho, esto es, no puede crear facultades ni generar deberes. La Constitución ordena que los reglamentos no pueden reformar ni interpretar la ley. Solo el presidente de la República puede dictarlos. Los ministros de Estado tienen la facultad de emitir normas para el funcionamiento de las dependencias a su cargo. Ciertos entes previstos en la Constitución como la Contraloría General del Estado, las Superintendencias y la Procuraduría General del Estado, para organizar su régimen de control, tienen facultad para dictar normas vinculantes para sus funcionarios. Los Municipios y Consejos Provinciales mediante ordenanzas pueden organizar el funcionamiento de sus respectivos territorios, de conformidad con la Constitución y las leyes de Régimen Municipal y Provincial. Sin embargo, ningún reglamento ni resolución de carácter general (salvo, en la órbita de sus atribuciones, las ordenanzas municipales y provinciales por así expresamente permitir la Constitución) puede establecer ningún género de obligación para los administrados.

En total y flagrante violación de estos preceptos, la Superintendencia de Bancos y Seguros ha invertido el régimen constitucional y se ha colocado por sobre la Carta Fundamental al haber invadido, en muchas de las resoluciones que ha dictado, las atribuciones propias del poder legislativo. Ha reformado, inorgánicamente, la Ley de Seguridad Social, arrojándose las facultades que la Constitución y la ley dan a los órganos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

y ha buscado estatizar los sistemas de pensiones particulares confiscando el ahorro de los ciudadanos. Ha violentado el derecho a la intimidad con un corrupto sistema de la Central de Riesgos en la cual basta que a algún funcionario se le ocurra incluir a una persona, por más honesta que ésta sea, para que la convierta en paria dentro la sociedad. Ha convertido al sistema de seguros privados en uno manejado discrecionalmente a criterio del supuesto ente controlador, protegiendo a seguros ilegales y persiguiendo a las compañías que conducen sus negocios con rectitud, eficiencia y buena fe. Ha aplicado normas propias de instituciones financieras a las del ramo de seguros, que tienen su propia ley. Ha transgredido impunemente la igualdad constitucional entre ecuatorianos y extranjeros. Ha violentado reiteradamente el derecho de petición. Todo ello sin que haya cumplido su objetivo de velar por la estabilidad del sistema financiero, el cual, por su inacción, se sumió en la más grave de las crisis y produjo el mayor descalabro de la segunda mitad del siglo XX. Si los miembros de la comisión Kemmerer salieran de sus tumbas, volverían a morir al comprobar cómo, lo que ellos sugirieron que se creara, para el bien del Ecuador, se ha torcido.

El Servicio de Rentas Internas funciona íntegra y totalmente al margen de la Constitución. Para quien lo dirige no hay derechos de los individuos ni de las sociedades. Todas sus resoluciones de carácter general carecen de sustento constitucional. Todas ellas han establecido o pretendido establecer obligaciones para los contribuyentes, lo cual está prohibido por la Carta Fundamental, pues solo el Congreso, mediante ley puede crearlas. Algunas de ellas han confiscado la propiedad privada. La garantía del debido proceso ha sido siempre ignorada. La arbitrariedad ha sido el eje de su actuación.

Ciertos ministerios han ignorado el derecho constitucional de petición al negarse a dar aplicación a las consecuencias del silencio administrativo. El Ministerio de Bienestar Social, por ejemplo, para evadir las consecuencias de su inacción, ha sostenido que la creación de una fundación o corporación, que surge del derecho de asociación consagrado en la Constitución, constituye un acto normativo.

Algún municipio se ha negado a dejar de aplicar una ordenanza declarada inconstitucional por el máximo órgano de control, el Tribunal Constitucional. Sobre la base de tal concepto, ha sancionado a sus vecinos, sin base jurídica.

El Registrador de la Propiedad de Quito ha invadido reiteradamente la función de los jueces, a vista y paciencia del Consejo Nacional de la Judicatura, y ha ignorado olímpicamente las sentencias ejecutoriadas absteniéndose, en violación directa del derecho de propiedad, de registrarlas. Dentro del cúmulo de sus aberraciones jurídicas ha llegado a sostener que la prescripción es un modo derivativo de adquirir el dominio y no un modo originario, ha equiparado el registro de la sentencia meramente declarativa que se limita a reconocer la adquisición de la propiedad por el simple transcurso del tiempo de posesión a una compraventa y ha ordenado que se pague impuesto de alcabala. Su colega, el Registrador Mercantil, ha impedido el libre ejercicio del comercio y reiteradamente ha atentado con el derecho a la identidad personal, sin que, tampoco, el Consejo Nacional de la Judicatura le haya sancionado con la rigurosidad exigida por la ley.

El irrespeto y los atentados contra el sistema constitucional son reiterados en el ejercicio de funciones administrativas. La obligatoriedad de aplicar las normas constitucionales es letra muerta para muchos de los funcionarios públicos para quienes su propia voluntad se impone por sobre la Constitución y por sobre la ley. Esta tendencia ha sido encubierta y garantizada por una resolución de la Corte Suprema de Justicia que, sin facultades ni constitucionales ni legales, ha dictado un instructivo reglamentario para constreñir el ejercicio del derecho de amparo consagrado por la Constitución.

Si esto ocurre en el campo administrativo, en el de la administración de justicia, la violación directa o indirecta de la Constitución es reiterada, constante, intencional e inveterada. La última norma que muchos jueces invocan es la Carta Política. Para ellos las arcaicas costumbres prevalecen por sobre cualquier norma inclusive por sobre las disposiciones de los instrumentos sobre derechos humanos y las constantes en la Constitución.

La oralidad del proceso se halla vigente, de forma definitiva, desde el 5 de junio de 2002, esto es dentro de los cuatro años de dictada la Constitución. Han transcurrido seis años desde entonces y los jueces, a pesar de que la Constitución les impone el aplicar sus disposiciones, inclusive en el caso de ausencia de ley, pues no puede justificarse con esa ausencia la violación de los derechos establecidos en el estatuto supremo, continúan, en el campo civil, negándose a aceptar las declaraciones de testigos y los informes de peritos oralmente, con el fin de permitir que las partes y el propio juez los examinen con entera libertad. Más, aún continúan aplicando la *sui generis* norma, inventada solo por la mente dictatorial, atentatoria de todo el sistema jurídico de investigación procesal, de que no puede formularse a los testigos más de treinta preguntas. El Consejo Nacional de la Judicatura en vez de adecuar las instalaciones físicas de los juzgados y tribunales para que se conduzcan las audiencias de prueba cómodamente, bajo la presencia y conducción del juez, y con la intervención y participación de las partes, en forma ordenada ha gastado los recursos que tiene, en forma totalmente inconsulta, para construir locales cerrados, incómodos, antitécnicos, en los cuales con dificultad, alrededor de pequeñas mesas rectangulares, pretende que se realicen estas audiencias, bajo el presupuesto de que el proceso continúa siendo escrito. En efecto, el Consejo Nacional de la Judicatura, en vez de hacer obra física destinada a estas audiencias, que constituyen la fase fundamental del proceso, donde exista un estrado presidido por el juez o tribunal, haya un lugar para que desde él, el perito, el testigo o la parte declarante sean interrogados, y existan adecuaciones para que desde ellas las partes y sus defensores (si es que las partes han decidido tenerlos) intervengan en la generación de la prueba, y exista, por último un amplio espacio desde donde el público, que tiene el constitucional derecho de asistir a todo acto procesal y examinar libremente el proceso, pueda observar el desarrollo de la audiencia, ha decidido encerrar físicamente a las partes, testigos, peritos, jueces, en espacios diminutos, carentes de toda comodidad, y a los cuales, en acto propio de la época de la inquisición, impide que el público libremente asista, pues ha colocado en las entradas personal que impide que terceros ingresen a presenciar las diligencias judiciales, violando así la publicidad de los

procesos. La única limitación que existe a la publicidad de los procesos es que terceros puedan grabar o transmitir las diligencias judiciales. Sin embargo, más bien esta restricción ha sido en ocasiones olvidada como cuando un juez de lo penal permitió que una audiencia en una acción de amparo sea transmitida, en violación de la Constitución, por radioemisoras y canales de televisión, para satisfacer a un partido político.

Sin necesidad, pues, de ley alguna, es obligatorio que los jueces ordenen la comparecencia de testigos y peritos para que, oralmente, rindan sus declaraciones e informes y sean directa y libremente interrogados por las partes, lo cual, ciertamente, comprende también a los propios litigantes. En este sentido merece destacarse cómo en los procesos arbitrales, al menos con respecto a testigos y las partes, siempre, y con relación a peritos cuando las partes lo han solicitado, los miembros de tales tribunales han conducido las audiencias en forma oral, como lo hacen con respecto a todas las otras diligencias, lo que permite la inmediación para una adecuada garantía de solución de la controversia. Los centros de arbitraje establecidos tienen instalaciones diseñadas para que las audiencias se cumplan en consonancia con los preceptos constitucionales. Es posible que ciertos abogados, acostumbrados a manipular las actuaciones judiciales a su antojo, busquen subvertir el derecho consagrado por la Constitución, pero es hora en la que la mentalidad de los jueces debe cambiar con el fin de que el proceso judicial cumpla su finalidad de solucionar la controversia sobre la base de hechos comprobados y no desfigurados.

También los jueces tienen la obligación ineludible de aplicar el principio constante en la Convención Americana de Derechos Humanos en el sentido de que en todo proceso debe haber un recurso que permita examinar la decisión final por parte de un juez o tribunal superior. Por ello las normas que, en el proceso civil, niegan el recurso de apelación no han de ser aplicadas por los jueces, como suelen hacerlo, por ejemplo en los casos de liquidación de daños y perjuicios y en los de litigios entre abogado y cliente por honorarios profesionales. De igual modo, han de aplicar e interpretar las normas procesales y los recursos que ellas conceden del modo que más favorezca la revisión de lo resuelto por el inferior. Constituye una violación clara y evidente de la Constitución y de los dictados de la lógica el sostener, como lo han hecho ciertas salas de la Corte Superior de Quito, que no cabe interponer recurso de apelación de un auto que niega la revocatoria de un auto que causa gravamen no reparable bajo el infantil argumento de que debió directamente interponerse recurso de apelación del auto que causó tal gravamen o de que debió interponerse el recurso de las dos providencias judiciales, tesis que se aparta inclusive del tenor literal de la definición del recurso de apelación constante en el Código de Procedimiento Civil, en cuya virtud éste recurso tiene, entre sus finalidades, el lograr que el superior revoque una decisión judicial. Si el juez inferior, cuando tiene facultad para hacerlo, no revoca un auto que causa gravamen irreparable, a pesar de habérselo solicitado, cabe el recurso contra la providencia que niega la revocatoria, con el fin de que sea el superior el que resuelva sobre ella. El debido proceso, tantas veces violado por los jueces, exige que el superior no invente, para lavarse las manos, al estilo de Pilatos, tecnicidades no previstas ni en la Constitución ni en la ley.

De acuerdo con la Constitución, las normas procesales constituyen elementos del debido proceso que, en consecuencia, se incorporan como garantía otorgada por ella a las facultades de los litigantes para lograr la decisión de las causas. Por consiguiente, la norma de la Ley de Casación que ordena que cuando la Corte Suprema de Justicia acepta un recurso de casación debe dictar una nueva sentencia, con sujeción a los hechos declarados en el fallo de instancia, ha de ser aplicada estrictamente por la Corte Suprema de Justicia. Por ello, cuando en virtud del absurdo sistema procesal impuesto por la dictadura militar, la sentencia de instancia ha aceptado una excepción dilatoria y la casación ha sido aceptada, la correspondiente Sala de la Corte Suprema no tiene facultad de dictar una nueva sentencia, sino que, con sujeción a las normas del debido proceso y de la Ley de Casación, ha de ordenar que se devuelva el proceso al inferior para que, con sujeción al trámite procesal aplicable, se dicte un nuevo fallo sobre el fondo, el cual, ciertamente, puede ser también objeto de casación. No cabe que la Corte Suprema actúe, como ha actuado en varios casos, como tribunal de única instancia y que, luego de aceptar una casación contra sentencias que, por ejemplo, desecharon la demanda por ilegitimidad de personería y que, por lo mismo, no contienen en ellas descripción alguna sobre los hechos objeto de la controversia, se pronuncie sobre el fondo, pues en esos casos no ha existido debate sobre el fondo del asunto. Es, pues, deber de la Corte Suprema, rectificar estas actuaciones para proceder de acuerdo con la Constitución que garantiza el debido proceso por todos los medios, para lograr que la justicia sea real y no mera quimera.

La Corte Suprema de Justicia no tiene facultad para ignorar las resoluciones del Tribunal Constitucional, máximo órgano de control de la juridicidad y de la constitucionalidad en el país, que han declarado inconstitucionales determinadas normas. Por ello, una de las Salas de lo Penal de dicho tribunal de justicia viola reiteradamente la Constitución al no admitir recursos de casación planteados contra sentencias dictadas en procesos penales en las absurdamente denominadas causas de acción privada, pues el Tribunal Constitucional, por dos ocasiones se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de dos normas que, sucesivamente en el tiempo, pretendieron restringir el derecho de defensa en esa clase de procesos, y, por ello, es obligatorio para la Corte Suprema conocer y resolver sobre los recursos de casación que en esa materia se propongan. De igual modo, el recurso de revisión, no sólo por razones constitucionales sino también por disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es aplicable a todas las causas penales, inclusive las que han sancionado por colusión. Un Ministro Juez y un Conjuez de una de las Salas de lo Penal de la Corte, en directa contravención de estos preceptos y, por ello, generando responsabilidad civil para el Estado, inadmitieron un recurso de revisión, contradiciendo los dictados del propio Ministro Juez que, en dos ocasiones anteriores había sostenido que la colusión es un delito sancionado, aduciendo que la colusión no es delito y que la prisión, por consiguiente, no es pena. Si se sanciona a una persona inocente, el recurso de revisión es el remedio que garantiza la certeza de las decisiones judiciales y, por ello, no puede ser jamás inadmitido a trámite. El respeto al ser humano así lo exige y la Constitución y los tratados internacionales así lo norman, de

modo supremo, sin que ningún juez, por encumbrado que sea pueda abstraerse de cumplir lo que, superados el absolutismo y el oscurantismo, es parte de la esencia del Estado social de derecho: no sancionar al inocente.

En este mismo orden de cosas, contradice el debido proceso la organización que la Corte Suprema mantiene y que debe ser corregida por ella misma. Un tribunal de casación no puede estar dividido en salas. No puede dictar sentencias que sean contradictorias, precisamente, por esa división. Si es que se ha dividido al Tribunal Supremo en salas por materias, estas salas deben ser únicas en cada materia. Para corregir el gravísimo atentado contra el debido proceso de que existan tres salas de lo civil y mercantil con idénticas facultades, tres salas de lo laboral y social, dos salas de lo penal, es deber constitucional de la Corte Suprema unificar en una sola sala las tres de lo civil y mercantil, las tres de lo laboral y social y las dos de lo penal. La casación, establecida por disposición constitucional, tiene por finalidad corregir los errores de derecho con el fin de que los jueces inferiores no atenten contra la voluntad del legislador. Por ello, no cabe que un mismo error de derecho se corrija de distinta manera según la buena o mala suerte del recurrente. La seguridad, derecho humano fundamental, así lo reclama.

El principio de imparcialidad del sistema judicial tampoco es respetado por los integrantes de la Función Judicial. Es obligación de todo juez excusarse de conocer una causa cuando su intervención puede afectar, por razones de parcialidad, a alguna de las partes. El juez no puede vengarse de un abogado dictando una sentencia errónea contra los intereses del cliente del abogado no querido por el juez. Es común, sin embargo, que no se respete en este sentido ni la norma constitucional que exige tal imparcialidad ni la disposición similar de la Convención Americana de Derechos Humanos. No son, pues, solo causas de excusa de un juez las constantes en el Código de Procedimiento Civil, lo son también aquellas que, derivadas de las relaciones del juez con alguna de las partes o con sus defensores, le restan imparcialidad.

Se ha indicado antes la actitud pasiva del Consejo Nacional de la Judicatura para adaptar su gestión a los dictados de la Constitución. Ha llegado a extremos de enjuiciar a quienes han criticado, con razón, su gestión. Ha violado normas de la organización judicial al alterar y desconocer las designaciones de Ministros de Cortes Superiores realizadas por la Corte Suprema de Justicia y al desconocer disposiciones sobre parentesco que prohíben que quienes están con respecto a un Ministro de la Corte Suprema en primer

grado de afinidad sean jueces. Ha restringido la capacidad del ciudadano para tratar de lograr que funcionarios judiciales que actúan ilegal o inmoralmente sean sancionados. Pero, sobre todo, se ha despreocupado de llevar a aplicación práctica el principio de eficiencia que exige la Constitución para que la administración de justicia llegue prontamente a los litigantes. En efecto, en vez de crear nuevos juzgados (al menos, por ejemplo, treinta juzgados civiles más en Quito y Guayaquil, y al menos diez juzgados más de la niñez y la adolescencia en esos dos cantones), en vez de aumentar el número de Salas en los Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo, en vez de propender a llenar prontamente las vacancias que se producen entre funcionarios inferiores, ha creado una estructura burocrática no prevista ni en la Constitución ni en la ley, para dizque observar cómo llegan y se van los miembros de la función judicial, ha impedido que su funcionario ejecutivo ejerza las atribuciones de administración que le son propias, ha obstaculizado, en ocasiones, que los jueces actúen con independencia.

La vivencia y eficacia de la Constitución, como se observa, es un asunto que afecta la vida diaria de los ecuatorianos y de los extranjeros que habitan en nuestro territorio. En este artículo se ha omitido tratar de las violaciones que se cometen por parte del Ministerio Público, algunas de las cuales han sido reiteradamente denunciadas por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Sería importante tratarlas en otras oportunidades. El objetivo de esta presentación es inducir a que, sin necesidad de ley alguna, sino con el solo cambio de actitud de las personas, el sistema de aplicación del derecho cambie en el Ecuador. Es cuestión de ser objetivos y de mirar hacia el desarrollo social que proporciona un sistema administrativo y judicial sustentado en el derecho. Es verdad que se acertó, en mucho, con la designación de los actuales Ministros de la Corte Suprema de Justicia y con la consagración del principio de que deben continuar en sus funciones hasta que mueran, se hallen incapacitados o sean destituidos por faltas en el ejercicio de sus funciones. En la mayoría de los casos tales magistrados actúan con la independencia exigida por la Constitución. Sin embargo, es evidente que algunos enjuiciamientos penales han sido planteados por razones políticas particulares, de las cuales es necesario que se liberen. Por sobre toda consideración el poder judicial tiene que observar la defensa irrestricta de los derechos individuales, de conformidad con la Constitución y los instrumentos internacionales. Si se marcha en tal sentido, existirá progreso para la colectividad.

# La inmunidad parlamentaria

Galo Chiriboga Zambrano

La inmunidad, según el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche es la libertad o exención de alguna carga, impuesta u obligación. Se deriva de la palabra latina *munus*, la cual, aunque tomada en general, significa *don* o *regalo*.<sup>1</sup>

La inmunidad parlamentaria está concebida como una protección que la Constitución otorga a los legisladores para rodearlos de la independencia y *libertad* necesarias en el ejercicio de sus funciones, en opinión de Rodrigo Borja.<sup>2</sup>

En nuestra Constitución, la inmunidad se encuentra prescrita en el Art. 137 en el *Capítulo De los Diputados* dentro del Título *De la Función Legislativa*, aunque considero que se trata de un derecho civil de quienes ejercen, como diputados, la representación popular.

Es cierto que el concepto de derecho político es una noción no *exenta de ambigüedad, imprecisión y vaguedad, al momento de establecer sus alcances*, como lo sostiene Antonieta Ocampo Delahaza.<sup>3</sup> Sin embargo, la inmunidad garantiza dos valores políticos fundamentales: la libertad y la participación. Libertad para que el legislador actúe libremente de presiones de las otras funciones del Estado y participación, pues es el pueblo que actúa por medio de sus representantes. Todos estamos de acuerdo en que la participación es un valor de la democracia y que es uno de los principios en que se fundamenta el orden democrático y un elemento de su legitimidad y validez.

En la democracia constitucional existen tensiones entre inmunidad y los mecanismos para su protección. El país ha sido testigo en los últimos años de tales tensiones y se ha llegado a sostener que el diputado se vale de la inmunidad para asegurar su impunidad.

La Constitución garantiza al diputado que no será civil ni penalmente responsable por los votos y opiniones que emita en el ejercicio de sus funciones. Esta protección permite que los diputados puedan desenvolverse con libertad y no temer que, por la expresión de sus opiniones o votos, puedan ser coaccionados por la vía de acciones legales en su contra.

Hernán Salgado sostiene que *con la inmunidad se asegura también el normal funcionamiento del órgano legislativo*.<sup>4</sup>

Doctrinariamente la inmunidad tiene dos categorías

## 1. La inmunidad de fondo o la irresponsabilidad jurídica

Por medio de la cual el legislador no puede ser perseguido, detenido o juzgado a consecuencia de sus votos, opiniones, discursos, en función de su actividad como diputado.

## 2. La inmunidad de procedimiento

Por medio de la cual el legislador no puede ser detenido o procesado, sino en determinadas circunstancias o con arre-

glo a un procedimiento específico. Es, en opinión de Hernán Salgado *un privilegio procesal*<sup>5</sup> que en el caso de la Constitución Ecuatoriana, *no se podrá iniciar causa penal en su contra, sin previa autorización del Congreso Nacional*.<sup>6</sup>

Con relación a la inmunidad de fondo, se debe precisar las circunstancias en las cuales tal inmunidad opera. Hay autores que consideran que el legislador está protegido únicamente por las opiniones o votos emitidos en el ámbito de una reunión parlamentaria y, por consiguiente, cualquier opinión fuera de tal ámbito no estaría protegida. Al respecto, es preciso determinar que la norma constitucional establece que la inmunidad protege tanto a los votos como las opiniones que emitan los Legisladores en el ejercicio de sus funciones. En lo que tiene que ver al voto, este se consigna en la actividad legislativa que se desarrolla físicamente en el Parlamento, por lo tanto la inmunidad está circunscrita al voto parlamentario. En cuanto a las *opiniones*, éstas se dan dentro y fuera del recinto legislativo. Las *opiniones* que un legislador emite en un medio de comunicación, en un foro extra parlamentario, en un mitin político, etc., son producto del ejercicio de sus funciones como legislador, pues es en esa calidad que es requerida su opinión en los medios de comunicación, o en eventos extra parlamentarios, pues como bien lo sostiene Orlando Alcívar *pues si así no fuera, se verían privados de la posibilidad de fiscalizar con amplitud y sin limitaciones a los funcionarios públicos en general*.<sup>7</sup>

Hay que mencionar que la Constitución no limita la inmunidad al ámbito exclusivamente parlamentario y, por lo tanto, no cabe una interpretación restrictiva. Algunas Constituciones han extendido expresamente esta inviolabilidad de las opiniones emitidas por los legisladores fuera de la sala de sesiones, sea en forma oral o escrita, por los medios de comunicación, o en forma privada.

La inmunidad tiene una limitación temporal. La limitación temporal de la inmunidad ha sido constante en nuestras Constituciones y de ella nos relata Ramiro Borja y Borja:<sup>8</sup>

1. En la de 1830: *hasta que regresen a su domicilio*.
2. En la de 1835: *mientras duren las sesiones, van a ellas y regresan a sus casas*.
3. En las de 1843, 1851, 1861, 1869, 1884, 1897, 1906, 1929 y 1946 *mientras duren las sesiones, treinta días antes y treinta días después*.
4. En las de 1845, 1852 y 1878 *mientras duren las sesiones, un mes antes y un mes después*.
5. En la de 1945 *por todo el tiempo de su mandato*.
6. En la de 1967 *el tiempo de sus funciones*.
7. En la de 1979 *durante el desempeño de sus funciones*.
8. En la de 1998 *en el ejercicio de sus funciones*.

La inmunidad de procedimiento no busca sustraer al legislador de la acción de la justicia y que la inmunidad se convierta en un equivalente de impunidad. La inmunidad de procedimiento es una protección procesal respecto de aquellos actos que un legislador, durante su mandato, puedan ser

# La inmunidad parlamentaria

Galo Chiriboga Zambrano

La inmunidad, según el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche es la libertad o exención de alguna carga, impuesta u obligación. Se deriva de la palabra latina *munus*, la cual, aunque tomada en general, significa *don o regalo*.<sup>1</sup>

La inmunidad parlamentaria está concebida como una protección que la Constitución otorga a los legisladores para rodearlos de la independencia y *libertad* necesarias en el ejercicio de sus funciones, en opinión de Rodrigo Borja.<sup>2</sup>

En nuestra Constitución, la inmunidad se encuentra prescrita en el Art. 137 en el *Capítulo De los Diputados* dentro del Título *De la Función Legislativa*, aunque considero que se trata de un derecho civil de quienes ejercen, como diputados, la representación popular.

Es cierto que el concepto de derecho político es una noción no *exenta de ambigüedad, imprecisión y vaguedad, al momento de establecer sus alcances*, como lo sostiene Antonieta Ocampo Delahaza.<sup>3</sup> Sin embargo, la inmunidad garantiza dos valores políticos fundamentales: la libertad y la participación. Libertad para que el legislador actúe libremente de presiones de las otras funciones del Estado y participación, pues es el pueblo que actúa por medio de sus representantes. Todos estamos de acuerdo en que la participación es un valor de la democracia y que es uno de los principios en que se fundamenta el orden democrático y un elemento de su legitimidad y validez.

En la democracia constitucional existen tensiones entre inmunidad y los mecanismos para su protección. El país ha sido testigo en los últimos años de tales tensiones y se ha llegado a sostener que el diputado se vale de la inmunidad para asegurar su impunidad.

La Constitución garantiza al diputado que no será civil ni penalmente responsable por los votos y opiniones que emita en el ejercicio de sus funciones. Esta protección permite que los diputados puedan desenvolverse con libertad y no temer que, por la expresión de sus opiniones o votos, puedan ser coaccionados por la vía de acciones legales en su contra.

Hernán Salgado sostiene que *con la inmunidad se asegura también el normal funcionamiento del órgano legislativo*.<sup>4</sup>

Doctrinariamente la inmunidad tiene dos categorías

## 1. La inmunidad de fondo o la irresponsabilidad jurídica

Por medio de la cual el legislador no puede ser perseguido, detenido o juzgado a consecuencia de sus votos, opiniones, discursos, en función de su actividad como diputado.

## 2. La inmunidad de procedimiento

Por medio de la cual el legislador no puede ser detenido o procesado, sino en determinadas circunstancias o con arre-

glo a un procedimiento específico. Es, en opinión de Hernán Salgado *un privilegio procesal* que en el caso de la Constitución Ecuatoriana, *no se podrá iniciar causa penal en su contra, sin previa autorización del Congreso Nacional*.<sup>6</sup>

Con relación a la inmunidad de fondo, se debe precisar las circunstancias en las cuales tal inmunidad opera. Hay autores que consideran que el legislador está protegido únicamente por las opiniones o votos emitidos en el ámbito de una reunión parlamentaria y, por consiguiente, cualquier opinión fuera de tal ámbito no estaría protegida. Al respecto, es preciso determinar que la norma constitucional establece que la inmunidad protege tanto a los votos como las opiniones que emitan los Legisladores en el ejercicio de sus funciones. En lo que tiene que ver al voto, este se consigna en la actividad legislativa que se desarrolla físicamente en el Parlamento, por lo tanto la inmunidad está circunscrita al voto parlamentario. En cuanto a las *opiniones*, éstas se dan dentro y fuera del recinto legislativo. Las *opiniones* que un legislador emite en un medio de comunicación, en un foro extra parlamentario, en un mitin político, etc., son producto del ejercicio de sus funciones como legislador, pues es en esa calidad que es requerida su opinión en los medios de comunicación, o en eventos extra parlamentarios, pues como bien lo sostiene Orlando Alcívar *pues si así no fuera, se verían privados de la posibilidad de fiscalizar con amplitud y sin limitaciones a los funcionarios públicos en general*.<sup>7</sup>

Hay que mencionar que la Constitución no limita la inmunidad al ámbito exclusivamente parlamentario y, por lo tanto, no cabe una interpretación restrictiva. Algunas Constituciones han extendido expresamente esta inviolabilidad de las opiniones emitidas por los legisladores fuera de la sala de sesiones, sea en forma oral o escrita, por los medios de comunicación, o en forma privada.

La inmunidad tiene una limitación temporal. La limitación temporal de la inmunidad ha sido constante en nuestras Constituciones y de ella nos relata Ramiro Borja y Borja:<sup>8</sup>

1. En la de 1830: *hasta que regresen a su domicilio*.
2. En la de 1835: *mientras duren las sesiones, van a ellas y regresan a sus casas*.
3. En las de 1843, 1851, 1861, 1869, 1884, 1897, 1906, 1929 y 1946 *mientras duren las sesiones, treinta días antes y treinta días después*.
4. En las de 1845, 1852 y 1878 *mientras duren las sesiones, un mes antes y un mes después*.
5. En la de 1945 *por todo el tiempo de su mandato*.
6. En la de 1967 *el tiempo de sus funciones*.
7. En la de 1979 *durante el desempeño de sus funciones*.
8. En la de 1998 *en el ejercicio de sus funciones*.

La inmunidad de procedimiento no busca sustraer al legislador de la acción de la justicia y que la inmunidad se convierta en un equivalente de impunidad. La inmunidad de procedimiento es una protección procesal respecto de aquellos actos que un legislador, durante su mandato, puedan ser

denunciados como delitos y que no estén vinculados con el ejercicio de su función como legislador. Citamos el caso de un legislador que agrede físicamente a un ciudadano y le causa lesiones graves que determinan una incapacidad física severa y, por lo tanto, se adecua este comportamiento al tipo penal. En este caso, tenemos que analizar a) el enjuiciamiento y b) la detención.

El enjuiciamiento deberá contar con la autorización del Congreso, ya que no se trata de una infracción en el ejercicio de su rol de diputado, pues es evidente que las lesiones no se producen por *sus opiniones o voto*.

La detención del diputado debe ser analizada en dos contextos. Si ésta se produce en el momento en que la infracción es cometida, esto es en forma flagrante, la autoridad que procede a tal detención no requiere de autorización del Congreso para ejecutarla. En cambio, si el diputado no fue detenido en el momento que cometía la infracción, para poder detenerlo con posterioridad a la comisión de la infracción, sí se requerirá la autorización del Congreso, no sólo para su detención sino también para su enjuiciamiento.

Podría ocurrir que el diputado sea detenido en el momento de la perpetración de la infracción, pero que el Congreso no autorice, posteriormente, su enjuiciamiento. En este caso, la autoridad que detuvo al diputado deberá revocar su detención, pues ningún ciudadano puede estar detenido por más de 24 horas sin fórmula de juicio, como lo ordena el numeral 6 del Art. 24 de la Constitución.

En cambio, si el Congreso autoriza el enjuiciamiento, el juez tendrá absoluta libertad de ordenar o no la detención del procesado, la misma que deberá tomarse en forma exclusiva por el juez analizando los méritos procesales pertinentes.

La inmunidad de procedimiento es aplicable exclusivamente para aquellos actos que puedan ser denunciados como delitos en contra de un legislador, durante su mandato, y que no estén vinculados a su función de legislador (emitir votos y opiniones).

La inmunidad de procedimiento no protege al legislador por causas personales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión de su cargo. En este evento, las causas seguirán tramitándose y si en ellas el juez ordena una detención, la fuerza pública cumplirá con ella y el juez no requerirá de autorización del Congreso para proceder a tal detención.

En cambio, la inmunidad de fondo, esto es no ser enjuiciado civil o penalmente por los votos u opiniones, no está

sometida al escrutinio o autorización del Congreso, pues la Constitución establece que sobre las mismas, los diputados no serán civil ni penalmente responsables. La Constitución ha dispuesto una *causa de justificación*, es decir que si en tal situación (emisión de voto u opinión) se produce la lesión de un bien jurídico, penal o civilmente protegido, esta opinión o voto se halla legitimada, o justificada, por la disposición constitucional, es decir por el propio orden jurídico, ya que hay un interés de que la inmunidad prevalezca sobre otros bienes jurídicos. La consecuencia, por lo tanto, es obvia si el ordenamiento jurídico, y en este caso por disposición constitucional, se autoriza u ordena una conducta determinada, no puede al mismo tiempo sancionarla.

Las causas de justificación están previstas en la legislación penal ecuatoriana como: legítima defensa, estado de necesidad, mandato de la Ley, obediencia debida, entre otros.

La inmunidad de procedimiento opera por imperio de la disposición constitucional del Art. 137 y es de aplicación exclusiva del juez que, en este caso, es el presidente de la Corte Suprema de Justicia por el fuero del que gozan los diputados, por lo tanto no es procedente que las querrelas penales propuestas en contra de un diputado, por sus opiniones o votos, sean sometidas a *autorización del Congreso*, pues la Constitución no prevé tal consulta para estos casos, el juez deberá ordenar el archivo de la denuncia, o acusación, por tratarse de hechos que tienen justificación penal establecida en la Constitución.

En tratándose de otras infracciones (no votos ni opiniones) el juez sí deberá buscar la autorización del Congreso. En el caso de que el Congreso no conteste la solicitud de autorización en el plazo de treinta días, se entenderá concedida. Aquí funciona el silencio administrativo positivo. La contestación es, en definitiva, *si autorizo*; si en el Congreso no se adopta tal decisión y se comunica al juez dentro del plazo establecido en la Constitución que el Congreso no tomó resolución alguna, el Juez no podrá iniciar el enjuiciamiento, pues no tiene la resolución del *si autorizo*.

La inmunidad parlamentaria fue creada en la Carta de Derechos (Bill of Rights) en Inglaterra, el 13 de febrero de 1689. Hoy se discute si tal derecho debe ser mantenido, dado que en algunos países el sistema democrático se encuentra lo suficientemente consolidado, que sería impensable que la Función Ejecutiva, o la Judicial, sean instrumentalizadas para perseguir a un parlamentario. Por supuesto, no ocurre lo mismo en nuestro país, de ahí la conveniencia de mantener la inmunidad.

## Notas

1. Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1986, pág. 269.-
2. Borja Rodrigo.- Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1997, pág. 530.-
3. Ocampo Antonieta.- Teoría de los Derechos Políticos, Fondo Editorial Banco Central de Reserva del Perú, Lima, 1997, pág. 19.-
4. Salgado Pesantes Hernán.- Inmunidad Parlamentaria en el Ecuador, Novedades Jurídicas, Ediciones Legales, año 01, # 2, abril 2004, pág. 49.-
5. Salgado Pesantes Hernán.- Ob. Cit.
6. Constitución Política de la República del Ecuador.-
7. Alcívar Santos Orlando.- Comentaristas a la Constitución Política del Estado, Guayaquil, diciembre de 1998, pág. 123.-
8. Borja y Borja Ramiro.- Derecho Constitucional Ecuatoriano, tomo I, pág. 408

# Teoría de la seguridad jurídica

Jorge Zavala Egas

## La seguridad jurídica en los enunciados constitucionales: presupuesto y función del derecho

Nuestra Constitución Política comienza por afirmar que proporcionar seguridad para la efectiva vigencia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de mujeres y hombres, es un deber prioritario del Estado ecuatoriano y así lo prescribe textualmente:

Art. 3.- *Son deberes primordiales del Estado:*

2. *Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres...*

Para, inmediatamente, reiterar:

Art. 16.- *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.*

Es decir, es deber primordial del Estado (el de mayor preeminencia) asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, el respeto absoluta a esa realidad conformada por los derechos fundamentales de la persona. Prescribiendo luego:

Art. 17.- *El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.*

Mediante esta norma, la Constitución impone al Estado en su conjunto el deber de ejercer acciones positivas tendentes a conseguir dos propósitos claros: a) asegurar el goce de los derechos fundamentales y, b) elaborar y poner en práctica programas de acción permanentes, que contengan medidas para que las personas tengan *asegurado* el goce efectivo de tales derechos.

Art. 18.- *Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*

*En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.*

*No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*

La norma constitucional, primero, establece la clara vinculación de todos los poderes públicos, incluyendo al judicial, en forma directa e inmediata, a la vigencia de los derechos fundamentales, en consecuencia, a no supeditarlos para su concreción en la vida cotidiana a la promulgación de una ley o de cualquier otra norma jurídica. No hay intermediación alguna entre los enunciados constitucionales y su aplicación, por el contrario, es *directa e inmediata*.

Es fácil observar que nuestra constituyente vincula la *seguridad jurídica* de los habitantes del Ecuador con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con su efectiva e inmediata vigencia, con la reserva de ley para su tratamiento, con la imposición de la interpretación *pro libertatis*, con la interdicción que, incluso, la misma ley restrinja su núcleo esencial, es decir, la *seguridad jurídica* tiene como presupuesto, fundamento, contenido y finalidad los derechos fundamentales de las personas.

Luego, el Ecuador superó la etapa en que el concepto de *seguridad jurídica* se limitaba al imperio de la *legalidad*, a la vigencia del derecho positivo como suficiente para su vigencia que, aunque importante, no es suficiente. En efecto, la positivación del derecho, el derecho escrito es trascendente para una efectiva *seguridad jurídica*, sin embargo los sistemas jurídicos anglosajones nos demuestran que semejante *seguridad jurídica* se consigue, también, con la costumbre de aplicar los precedentes judiciales que, sustancialmente, sigue el sistema inglés como el norteamericano y el de los países escandinavos, sin perjuicio que exista o no el derecho escrito.

Por otra parte, es de trascendencia seguir la formulación de Elías Díaz cuando diferencia la seguridad llamada impropia jurídica que se asienta en la simple *legalidad*, de la *seguridad jurídica* verdadera que sólo es fundada en la *legitimidad* de esa legalidad; legitimidad nacida de su establecimiento y su ejercicio democráticos, pero ante todo de la asunción de los derechos y libertades fundamentales consagrados en el estado histórico contemporáneo de las sociedades más evolucionadas, y cuya conquista es irreversible, haciendo ilegítimo su desconocimiento<sup>1</sup>

Pero, además, en nuestro sistema constitucional la *seguridad jurídica* es un derecho público subjetivo reconocido por la norma suprema:

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

26. *La seguridad jurídica*

Tal reconocimiento no significa otra cosa que calificar a la *seguridad jurídica* como un bien fundamental, esto es, necesario para satisfacer una necesidad vital del ser humano. En efecto, dice J. Ortega y Gasset: *Partimos a la conquista de una seguridad radical que necesitamos porque,*

precisamente, lo que por lo pronto somos aquello que nos es dado al servicio dada la vida, es radical inseguridad.<sup>2</sup> O como explica, la seguridad, el profesor H. Coing diciendo que es un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido<sup>3</sup> y, agrega el autor que formula la cita, que es por eso una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad.... Al igual que afirma el autor de uno de los mejores estudios de la seguridad jurídica actuales, José Luis Mezquita del Caucho: *La seguridad es ciertamente un afán de cada hombre enraizado en su instinto de supervivencia, y planteado por tanto, sobre todo inicialmente como una necesidad en la que se apoya la propia organización social; por lo que siendo el Derecho el instrumento de ésta, resulta lógica señalarla entre los fines del mismo. Pero se trata de un fin que, al menos en una cierta medida, se realiza intrínsecamente desde el propio establecimiento del Derecho y como secuela del Orden que el mismo comporta; por lo que asimismo es lógico que se califique de inmediato como efecto objetivo....*<sup>4</sup> Es, pues, un bien jurídico que satisface una necesidad del ser humano. Entendiendo por bien jurídico el ente que tutelado, garantizado o protegido por el Derecho es necesario para la realización de la persona humana, como lo es la vida, el honor, la presunción de inocencia, etcétera. Sobre este punto asevera Elías Díaz que *la seguridad es el primer valor que el Derecho realiza (indefectiblemente) desde su establecimiento en su forma o manifestación más primaria, el primer valor jurídico en saltar del ámbito del deber - ser al del ser efectivo....*<sup>5</sup> En clara síntesis se ha afirmado que *el mundo social se hizo posible por el maravilloso hecho de que los hombres puedan contar con lo que los demás puedan hacer....*<sup>6</sup>

Mas, de otra parte al considerarla como derecho fundamental de las personas es objeto, la *seguridad jurídica*, para su garantía, de la acción de amparo prevista en el Art.95 de la Constitución Política, cuando cualquier acto, sea por acción u omisión, proveniente de autoridad pública la lesione o pretenda lesionarla causando daño en forma inminente, de esta forma evitando, el Juez de amparo, la violación o remediando de forma inmediata la lesión sufrida.

De esta forma, en nuestro Derecho la *seguridad jurídica* se torna en presupuesto del mismo, pero no por su apego a la legalidad, sino por su vinculación a los derechos que fundamentan o sustentan el entero orden constitucional e informando al mismo en su integridad (*principio*) y, a su vez, se convierte en función del Derecho porque éste tiene como deber prioritario, preeminente e inexcusable dar y poner en efectiva vigencia la *seguridad jurídica* de los derechos públicos subjetivos de rango constitucional.

Más adelante trataremos sobre el problema que plantea la *seguridad jurídica* como principio y como valor jurídico, aun cuando sea un tema que corresponde propiamente a la Filosofía del Derecho, más que a una Teoría General del Derecho que es en el cual nosotros pretendemos estudiarla. Mientras ésta es la ciencia del Derecho, la primera es una estimativa del Derecho desde el punto de vista axiológico y, fundamentalmente, desde la atalaya de la justicia como valor absoluto del Derecho.

## Aspectos subjetivo y objetivo de la seguridad jurídica

La *seguridad jurídica* se muestra como una realidad objetiva, esto es, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, a través de sus normas e instituciones....<sup>7</sup> Mas, su faceta subjetiva se presenta como *certeza* del Derecho, es decir, ... como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Por ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios... La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho. Esta premisa conduce a cifrar la exploración del sentido de la seguridad en el conjunto de caracteres que connotan e informan su dimensión objetiva....<sup>8</sup>

La *seguridad jurídica* tiene, pues, su aspecto estructural (objetivo), el que es inherente al sistema jurídico, a las normas jurídicas y a sus instituciones y, de ahí, dimana al sujeto que está obligado por el sistema jurídico que adquiere la certeza o la certidumbre de las consecuencias de sus actos y las de los demás, ésta es la faceta *subjetiva*.

## La positividad del derecho como exigencia de la seguridad jurídica

Para la realización de la *seguridad jurídica* en su aspecto objetivo, esto es, estructural, afirma, G. Radbruch<sup>9</sup>, catedrático de la Universidad de Heidelberg, que se requiere básicamente que exista la *positividad* del Derecho y que ésta reúna al menos las siguientes condiciones:

1. Que la positividad se establezca mediante leyes;
2. Que el derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez;
3. Que esos hechos sean practicables, es decir, susceptibles de verificación; y,
4. Que el Derecho positivo sea estable.

Mientras que Lon L. Fuller impone ocho exigencias para que el Derecho positivo satisfaga el requerimiento de la *seguridad jurídica* estructuralmente:

1. Generalidad de las normas;
2. Promulgación;
3. Irretroactividad;
4. Claridad;
5. Coherencia;
6. Posibilidad de cumplimiento;
7. Estabilidad; y,
8. Congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.

Sea cuales fuesen las exigencias de un Derecho positivo que cree *seguridad jurídica*, según G. Radbruch, para que ésta exista siempre deberá existir positividad del Derecho, pues, *si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser derecho; y si el derecho debe cumplir la función de poner un término a la pugna de las concepciones jurídicas contrapuestas por medio de un fallo de poder autoritario, hay que otorgar el establecimiento del derecho a una voluntad que sea capaz de hacerlo cumplir en contra de toda concepción jurídica que se le oponga. Aquel que es capaz de hacer cumplir el derecho de-*

muestra que está llamado a establecerlo...<sup>10</sup> En igual sentido afirma Heinrich Henkel, profesor de la Universidad de Hamburgo, que en cuanto a la *seguridad jurídica* referida al Derecho de normas establecido, ... el acto de «positivación» del Derecho en las normas establecidas satisface ya una exigencia de la seguridad jurídica. Casi toda tarea jurídica de regulación... deja siempre en pie dudas e incertidumbres, e incluso, frecuentemente, varias posibilidades defendibles de solución. En estos y en otros casos es una urgente exigencia dirigida al Derecho la de ir más allá de las consideraciones jurídicas discrepantes y «establecer lo que sea Derecho». La «positividad», pues, crea la primera base de la seguridad jurídica...<sup>11</sup>

Pérez Luño discrepa en cuanto a que no cree que se pueda subsumir la positividad en la seguridad, pues, la positividad constituye un elemento necesario de la organización jurídica de cualquier tipo de sociedad. Mientras que la seguridad es un valor que puede darse o no en las diferentes formas históricas de positividad jurídica. De hecho, han existido ordenamientos jurídicos de seguridad precaria o prácticamente inexistente; pero no ha existido ninguno carente de positividad...<sup>12</sup>

En efecto, la historia nos enseña de múltiples sistemas jurídicos positivos que han asegurado la *inseguridad jurídica* y hasta la iniquidad antes que proporcionar debida seguridad a los derechos fundamentales de las personas, basta recordar el ordenamiento jurídico nacional socialista en Alemania. Por ello la necesaria *legitimidad* de la *Legalidad* de la que antes hablamos. Al respecto afirma J.L. Mezquita del Caccho: En efecto, debe tenerse en cuenta que los Ordenamientos establecidos por un Estado de estructura antidemocrática, son «todas» las nociones clave del Derecho las que quedan distorsionadas, empezando sin duda por la *Legalidad*, y no porque se de preeminencia a la *Seguridad* sobre todo otro valor, sino porque la propia idea de *Seguridad* es deformada, haciéndola retroceder de su condición de «seguridad jurídica» (inherente al Derecho legítimamente establecido y actuado) a la de «seguridad protojurídica», resultante de un Derecho impuesto, que tampoco cabe en consecuencia calificar de «*Legalidad*», sino de *Legalismo* suplantador. «Leyes que no son Derecho», como han sido acertadamente calificadas en alguna ocasión. Al fin y al cabo, en las dictaduras también es característicamente proclamada por todas las instancias oficiales y en todas las «Normas Fundamentales», una ambigua y mesiánica concepción de la «*Justicia*» que suplanta la espontáneamente intuita en las sociedades en que aquellas regímenes sobrevienen; y no por ello sufre la *Justicia* como idea desvalorización alguna, una vez que la normalidad y la racionalidad son establecidas.<sup>13</sup>

#### **Requisitos de la ley en una correcta positivación del derecho, a efectos de una seguridad jurídica estructural**

En el campo normativo la interpretación de los requisitos que debe reunir la Ley para una correcta estructuración de la seguridad jurídica surge en la etapa del Iluminismo jurídico con la expresión de Anselm Von Feuerbach, *nullum crimen nulla poena sine lege* (Art.24, No.1 C. Pol.). Sus alcances no se agotan en el derecho penal, pues, la inter-

pretación del término *lege* alcanza a toda la normativa del ordenamiento jurídico, sea cual fuese su ubicación entre las fuentes del Derecho, es decir, no sólo se limita a la Ley formalmente concebida y exige, tal normativa, los siguientes requisitos:

1. *Lege promulgata*, se refiere a la necesidad de las leyes escritas y a su publicación para el conocimiento de todos, pues, no existe mayor inseguridad que vivir en el desconocimiento de las consecuencias de los propios actos y las de las acciones de los demás. Ello, históricamente, equivale a vivir como los plebeyos de la Roma anterior a las XII Tablas, que desconocían el Derecho imperante el que, privilegiadamente, sólo era conocido por el sector de las clases altas de la sociedad romana.
2. *Lege manifesta*, la exigencia de la claridad de las leyes, a evitar su obscuridad, su doble sentido. La claridad requiere de una tipificación unívoca de los supuestos de hechos y una limitación en las consecuencias previstas, pues, de esta forma se evita la discrecionalidad de los órganos encargados de su aplicación.
3. *Lege plena*, implica la ausencia de lagunas normativas en el sistema jurídico. Siempre debe haber una repuesta normativa a cualquier situación de hecho que se produzca. Por ello, los sistemas jurídicos construyen su sistema de fuentes, prevén la integración, la interpretación extensiva, la analogía y la aplicación de los principios generales del Derecho y de esta forma, evitan las llamadas *lagunas normativas* constitutivas de *inseguridad jurídica*.
4. *Lege stricta*, se refiere al principio de Reserva de Ley, por el cual sólo la norma general y abstracta, formalmente expedida por los Parlamentos, puede regular ciertas materias relativas a la libertad de las personas como sus derechos y garantías, su responsabilidad penal y lo referido al derecho de propiedad, incluido el sistema tributario. Se confía a ese campo de acción de la Ley estas materias por la jerarquía de esta fuente normativas porque así se evita que normas de rango inferior, como los reglamentos o las ordenanzas, menos los actos administrativos, puedan reformar o deroga, derechos fundamentales de las personas. Nuestra Constitución es, en este punto, clara al respecto y prescribe:

Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:

1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo.
4. Atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias propias de su competencia, sin que estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales.
7. Reformar o derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

8. Los casos en que la Constitución determine. Este es el campo reservado a la actuación de la Ley y, por tanto, es inconstitucional que cualquier norma jurídica de otro rango, inferior a la Ley, pretenda reformar o derogar cualesquiera de las materias señaladas.
5. *Lege previa*, lo cual implica que siempre debe poder predecirse las consecuencias de un acto porque se conoce las consecuencias con antelación, esto es, se trata de posibilitar la *previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos*. Por ello, contradice esta exigencia la retroactividad de las leyes, afirmando Pérez Luño, que *esta garantía se traduce en la exigencia de irretroactividad de las normas, en cuya virtud no se puede extender la aplicación de las leyes a conductas previas a su promulgación que, por tanto, fueron realizadas antes de que pudiera conocerse su contenido*.<sup>14</sup>
6. *Lege perpetua*, referida a la necesaria estabilidad del Derecho que es fundamental para generar certeza en su contenido. Por otra parte, se constituye en la base para la existencia de dos instituciones necesarias para la *seguridad jurídica* de las personas: *la cosa juzgada*, que tiene la cualidad de atribuir inamovilidad a las decisiones judiciales no susceptibles de recurso procesal alguno y los *derechos adquiridos* que protege las situaciones jurídicas nacidas de acuerdo con la legalidad vigente al momento de su configuración, frente a cambios en la legislación que pudieran afectarlos *ex post facto*, es decir, de forma retroactiva.

De esta forma debe estructurarse el sistema jurídico para su correcto funcionamiento que tenga como efecto inmediato la *seguridad jurídica* requerida por la sociedad y las personas individualmente consideradas. Mas, como bien afirma el Tribunal Constitucional español, la *seguridad jurídica es una suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativas, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad...pero que si se agotara en la adición de esos principios, no hubiera precisado ser formulada expresamente* (Sentencia 27/1981 de 20 de julio).

### La corrección funcional del derecho como requisito para la vigencia estructural de la seguridad jurídica

En este caso, se trata ya no de una estructuración determinada de las normas jurídicas en un sistema, sino del correcto funcionamiento del mismo, básicamente, de la sujeción de los poderes públicos al *principio de legalidad*, en igual forma que se exige igual sometimiento a los ciudadanos.

*La vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, constituye la clave de bóveda del Estado de Derecho...*<sup>15</sup> Por lo pronto, la garantía de la acción de amparo (Art.95 C. Pol.) y las acciones de inconstitucionalidad de normas de efectos generales y de normas administrativas de efectos particulares (Art.276, Nos. 1 y 2 c. Pol.), además de la facultad de inaplicación normativa que tienen los jueces (Art.274 C. Pol.), son garantías pa-

ra ese correcto funcionamiento. De este modo queda prevenida la *arbitrariedad* de cualquier autoridad pública y se precautela la transgresión impune del Derecho por parte de cualquier particular con la presunción *iuris et de iure* del conocimiento del Derecho por todos los ciudadanos, dado que su desconocimiento o *ignorancia* no excusa a persona alguna (Art.13 CC). *El carácter inviolable del Derecho, su respeto y aceptación lo mismo por quienes lo crean y aplican que por el resto de ciudadanos es condición indispensable para una convivencia ordenada y libre...*<sup>16</sup>

Contra la correcta funcionalidad del Derecho que afecta a la *seguridad jurídica* se pueden citar dos males de la Administración Pública y de los órganos judiciales: *el silencio administrativo*, lo cual se ha tratado de subsanar con la suplantación de la voluntad de la Ley al silencio de la autoridad competente, sea con efecto positivo o con efecto negativo y, por otra parte, *las dilaciones indebidas de los procedimientos y de los procesos que menoscaban una correcta aplicación de la tutela judicial efectiva*.

Haciendo un esfuerzo de compilación, diversos autores<sup>17</sup> españoles afirman que el *el derecho a la seguridad jurídica en sentido amplio, compendia y resume todos los derechos del individuo* y descomponen la corrección funcional de la *seguridad jurídica* afirmando que ésta debe concretarse en estos puntos:

1. El respeto de la jerarquía de las normas establecidas requisito ineludible en todo Estado de Derecho;
2. En un control riguroso de su constitucionalidad, que haga posible la adecuada defensa de la Constitución;
3. En la unidad de jurisdicciones, procediendo a la desaparición de los distintos fueros especiales que en la actualidad coexisten;
4. En la consagración del principio que nadie puede ser condenado sin ser oído y sin que medie un proceso regular y,
5. En definitiva, en la observancia, respeto y garantía de los derechos individuales y colectivos reconocidos hoy en todo sistema democrático de gobierno.

Resumiendo lo expresado antes podemos afirmar, en consecuencia, que la *seguridad jurídica* no se reduce a un puro legalismo y que requiere consolidarse en su faz objetiva, tanto estructural como funcionalmente, así como en su faceta subjetiva en condición de certeza. Como afirma el profesor español tantas veces citado *el concepto de seguridad jurídica comprende, pues, el de Legalidad como expresión principal y cualificante, pero no única; y mucho menos es una simple secuela de ésta. seguridad jurídica es un término idóneo para comprender cualquier fórmula dirigida a contrarrestar todo tipo de peligro para la confianza de los ciudadanos en el Derecho, sea cual fuere la naturaleza del riesgo y de la incidencia subjetiva inherente a él, bien se trate de certeza estable en el conocimiento de la norma, de fe en el correcto funcionamiento de las instituciones; o de conciencia del propio valor en la comunidad jurídicamente ordenada...*<sup>18</sup>

## Necesidad de un sistema de normas (primarias y secundarias) que tenga efectos cerciorantes de la legalidad legítima<sup>19</sup>

Asumiendo la existencia de las normas primarias o reglas de conducta y de las secundarias, esto es, normas sobre otras normas, un Sistema Jurídico debe producir certeza en cuanto a la legalidad y a su estabilidad, produciendo efectos en lo referido a:

- Al nacimiento mismo de las leyes, en virtud de los requisitos de gestación, promulgación y publicación.
- A su extinción, por vía de exigencias y requisitos de derogación formal.
- A la compatibilidad e interferencias entre leyes (las mal llamadas derogaciones incompletas o imperfectas).

Estos son efectos en cuanto a la información del contenido de las leyes que realice un cierto contrapeso a la presunción de derecho del conocimiento de las mismas leyes por todos los ciudadanos. Otros son:

- Al ámbito espacial de su vigencia (leyes territoriales especiales y leyes sobre efectos extraterritoriales).
- Al ámbito temporal de esa vigencia (vacación legal y entrada en vigor; normas transitorias; irretroactividad normal y retroactividad excepcional, etc.).
- Al ámbito personal abstracto de los sujetos destinatarios de las normas, entre los que no puede producirse discriminación por razón alguna, conforme al principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la Ley.
- Al orden jerárquico debido entre leyes de distinto rango, según la gradación establecida en la Constitución.
- A los márgenes de creatividad normativa, complementaria y de desarrollo que le quepa a la administración a través de la potestad reglamentaria, y bajo qué requisitos, determinados unos y otros en la Constitución; y al conocimiento efectivo de su ejercicio, dado el requisito de publicación oficial de dichas disposiciones.
- Al margen de la creatividad normativa complementaria que sea posible dejar a la jurisprudencia de los Tribunales, determinado en la propia Constitución y Leyes Orgánicas que la desarrollan.
- A la existencia misma de esa jurisprudencia y los principios generales declarados por ella, a través del requisito legal de publicación de los fallos judiciales.
- A la existencia de las costumbres, a través de las reglas legales o jurisprudenciales acerca de su admisión, extensión y prueba.

## La necesidad del imperio del principio de legalidad sobre la administración

Como bien afirma el autor en cita, además del efecto cerciorante en cuanto a la producción del Derecho, el *principio* de legalidad crea seguridad acerca de que el Derecho establecido será efectiva y estrictamente aplicado en la esfera administrativa.

Las garantías que se exigen como derivación del principio de legalidad en la actuación de la Administración Pública son:

- El autocontrol de la propia Administración a través de los principios de regulación, de competencias y Procedimiento que, nuestra Constitución, prescribe en el Art.119 y garantiza en el Art.24, No.1 de la misma, regulando el Procedimiento en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).
- El control de la potestad reglamentaria (Arts.196 y 276, No.1 C.Pol.).
- El control judicial de cualquier acto de la Administración, sea normativo, en ejercicio de la potestad reglamentaria, como acto estrictamente ejecutivo, tal como lo prevé el Art. 196 de la Constitución Política cuando prescribe que *los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.*
- En el control del Tribunal Constitucional que puede juzgar cualquier acto administrativo sea normativo o ejecutivo, de efectos generales o de efectos particulares, tal como lo prescribe el Art.276, Nos. 1 y 2 de la Constitución.
- El control que puede ejercer sobre la actividad administrativa el Defensor del Pueblo, tal como lo prescribe el Art. 96 de la Constitución Política y la misma Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.
- La vigencia de la responsabilidad de la Administración, sus delegatarios y concesionarios, que estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos (Art.20 C. Pol.).

A lo dicho hay que agregar el cumplimiento del Poder judicial de las garantías del debido proceso que prevé el Art. 24 de la Constitución ecuatoriana y así tendremos una corrección estructural y funcional de la *seguridad jurídica* en nuestra sociedad, que infunda certeza en los ciudadanos, ya en forma individual, de vivir con pleno aseguramiento de los derechos fundamentales.

De esta forma, encontraremos en la correcta formulación del Derecho positivo y en su correcta aplicación, fundamentado siempre en los derechos fundamentales de las personas y en los derechos colectivos de los grupos y orientado hacia su efectiva vigencia, una *seguridad jurídica* legalizada y legítima.

## La seguridad jurídica, ¿principio o valor jurídico?

La diferencia entre *valor* y *principio* estaría dada porque el primero está por sobre la normativa y, por ello, incluso en una dimensión diferente a los Principios Generales del Derecho; mientras que el segundo tiene clara función normativa, pues, es un Principio General, *si bien su cometido, en atención a su tipo informador del Ordenamiento jurídico,*

en el que es capaz de suplir –y precisamente debido a su gran generalidad– la insuficiencia de que adolecen otras normas que, pese a revestir el carácter general esencial a toda norma legal, preconfiguran, dentro de ciertos límites, situaciones y circunstancias jurídicas determinables, por lo que pueden pecar de cortedad...<sup>20</sup> Por tanto, desde este punto de vista la *seguridad jurídica* es un principio y no un valor que carece de una virtualidad normativa. Por el contrario, como principio la *seguridad jurídica* es fuente del Derecho y suple cualquier laguna normativa concreta.

Lo que sucede es que nuestra Constitución ha puesto a la *seguridad jurídica* como un valor a alcanzar o concretar por el Estado, pues, no de otra forma se explica que se la considere como uno de los *deberes prioritarios del Estado* (Art.3, No.2 C. Pol.) o el *más alto deber del Estado* (Art.16 C. Pol.) y, de esta forma, deja de ser simple fuente supletoria de aplicación del Derecho y se convierte en eje del Derecho, nada menos que a la par del valor *justicia*.

Lo que sí es necesario considerar es que la *justicia* es el valor final del Derecho, mientras que la *seguridad jurídica* es valor instrumental con respecto a aquélla. Se la consolida,

se la estructura y se la garantiza funcionalmente para llegar a la *justicia*. Es un valor fundante la *seguridad jurídica*, mientras que la *justicia* es un valor fundado o valor superior.

Pero lo trascendente es que cualquiera que fuere el rango del valor *seguridad jurídica* es el más inmediato al Derecho o, como bien afirma M22J23

*mezquita, el primero en el orden lógico - temporal, el más directamente motivador de todo sistema jurídico.* Reflexión que hace recordar a Recasens Siches cuando afirma que *el Derecho no ha nacido en la vida humana por el deseo de rendir homenaje y culto a la idea de Justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad y certeza en la vida social. A la pregunta de por qué y para qué hacen los hombres Derecho, no nos vendrá respuesta de la quintaesencia de la idea de Justicia, ni de su séquito de egregios valores complementarios, sino de un valor subordinado: el de seguridad, correspondiente a una necesidad humana...*<sup>21</sup>

Luego, admitamos un rango de los valores jurídicos para poder admitir a la *seguridad jurídica* como un valor instrumental para la consecución de la *justicia* que es el valor absoluto para el Derecho.

## Notas

1. Ver *infra* Notas 3, 4 y 5
2. *Unas Lecciones de Metafísica. Obras Completas.* Alianza Editorial y Revista de Occidente, Madrid, 1988, Tomo XII, pág.108
3. Cita de Antonio - Enrique Pérez Luño. *La seguridad jurídica.* Ariel, Barcelona, 1994, pág. 24
4. *Seguridad jurídica y sistema cautelar.* Bosch, Barcelona, 1989, pág. 48
5. *Sociología y Filosofía del Derecho.* Taurus, Madrid, 1977, págs.40-42, cita de Mezquita del Caucho, Nota 29
6. W. Cesarini Sforza. Cita del mis autor, Nota 29
7. Ídem, pág. 29
8. Ídem, págs.29 y 30
9. Introducción a la Filosofía del Derecho. Cita de Pérez Luño, Ob. Cit., Nota 33
10. *Filosofía del Derecho.* 4ta. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 109
11. Introducción a la Filosofía del Derecho. Taurus, Madrid, 1964
12. Ob. Cit. Pág. 31
13. J.L. Mezquita, Ob. Cit. Págs.76/77
14. Ob. Cit. Pág. 34
15. Pérez Luño, Ob. Cit. Pág. 35
16. Ídem
17. J. de Esteban (S. Varela Díaz, F.J. García Fernández, L. López Guerra y J.L. García Ruiz) *Desarrollo político y Constitución española.* ARIEL, Barcelona, 1973, págs. 34/35. Cita de Mezquita del Cacho, Nota 44, pág.72
18. Ob. Cit.Pág.78
19. Ver Ob. Cit. J.L. Mezquita del Cacho, págs. 87/92
20. Mezquita, Ob. Cit. Pág.219
21. Cita de Mezquita del Cacho, Ob. Cit. Pág.222

# Los órganos de la Función Legislativa

Rafael Oyarte Martínez

## Introducción

Este ensayo se destina al estudio de la organización de la Función Legislativa, que actualmente se integra por dos órganos: el Congreso Nacional y la Comisión de Legislación y Codificación, el primero de carácter político y el segundo de una naturaleza netamente técnico – jurídica, en ambos casos, tanto por su integración como por sus funciones.

Tradicionalmente en el Ecuador el Congreso Nacional se organizó de forma bicameral a través de sus diecisiete constituciones, con las solas excepciones de los textos constitucionales de 1830, 1851 y 1945, además de la Carta vigente, en los que se adoptó la forma monocameral. Como lo señala Hernán Salgado, por lo efímero de esas Constituciones *sólo en nuestra época se ha podido experimentar las ventajas y desventajas que puede tener la unicameralidad*,<sup>1</sup> la cual se ha mantenido ya por veinticinco años. No tengo por objetivo reseñar las ventajas y desventajas de uno u otro sistema, sino sólo hacer presente la regulación dogmática vigente tomando en consideración las más importantes variaciones que se han dado en el transcurso de la historia constitucional ecuatoriana, vista la marea de textos constitucionales que han regido la vida republicana del Estado.

En la actualidad la Función Legislativa se regula por la Constitución (CE), la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL), el Reglamento Interno de la Función Legislativa (RIFL) y el Código de Ética de la Legislatura (CEL).

## El Congreso Nacional

El Congreso Nacional tiene su sede en Quito, lugar donde sesiona, previéndose la posibilidad de que se reúna de forma excepcional en cualquier parte del territorio nacional (Art. 126 CE), decisión que se adopta por mayoría absoluta (Art. 13 LOFL). La Constitución de 1830 no señalaba la sede de la Legislatura, al igual que la de 1851. En las Cartas Fundamentales de 1835 a la de 1869 sólo se establecía que las dos cámaras del Congreso debían residir en la misma población. A partir de la Constitución de 1878 (Art. 25) se estableció que el Congreso debía sesionar en la capital de la República.

## Integración: los diputados

Actualmente, el Congreso Nacional se integra sólo por diputados provinciales, esto es, por congresistas elegidos dentro de esas circunscripciones territoriales. Lo mismo ocurría con las legislaturas monocamerales establecidas en las Constituciones de 1830 (Art. 21) y 1851 (Art. 19), en que todos los congresistas eran elegidos por departamentos;

al igual que en la Constitución de 1945, en que si bien se establecen representantes funcionales,<sup>2</sup> los diputados elegidos por sufragio lo eran sólo por provincias (Art. 23).

En el texto original de la Constitución de 1978-79 la entonces denominada Cámara Nacional de Representantes se integraba por legisladores elegidos por votación nacional y representantes elegidos por cada provincia. (Art. 56) La distinción entre diputados nacionales y provinciales se mantuvo hasta la vigencia de la codificación constitucional aprobada por la Asamblea Nacional, que rige desde el 10 de agosto de 1998.

La única distinción entre los legisladores nacionales y provinciales, además de la fuente de su elección, fue el período de sus funciones, tal como se determinó desde la primera codificación de 1984: los diputados nacionales duraban cuatro años en sus funciones y los legisladores provinciales tenían un período de dos años (Art. 57). Ninguna diferencia en cuanto a atribuciones se previeron en esa y en las tres codificaciones constitucionales posteriores.

En virtud de la eliminación de los legisladores elegidos por votación nacional de la codificación constitucional que entraría en vigencia el 10 de agosto de 1998, la Asamblea Nacional cesó en sus funciones a los diputados nacionales que ejercían esa dignidad desde 1996 y que debían concluir sus períodos en 2000. Llamó la atención que dicho cese de funciones fue fundamentado en la eliminación de esa categoría, mas la misma Asamblea Nacional, en el Estatuto Electoral Transitorio que dictó, previó la elección de diputados nacionales por última vez para el período 1998-2003, lo que resultaba contradictorio.

En la actualidad, los diputados son elegidos exclusivamente por provincias, dos por cada una, a lo que se agrega una especie de representación en relación a la población: uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil. El número de habitantes se establece de conformidad con el último censo nacional de población.

## Período y reelección

Los diputados ejercen sus funciones por cuatro años, período que coincide con el de los demás dignatarios elegidos por votación popular (Art. 127, inc. 2º, CE), tal como se previó en las Constituciones de 1830 (Art. 23) y 1851 (Art. 27). La Constitución de 1945 estableció un período de dos años (Art. 24) y el texto original del Código Político de 1978-79 determinó uno de cinco años tanto para los representantes nacionales como para los provinciales (Art. 57).

En materia de reelección de congresistas han existido variantes: las Constituciones de 1830, 1861, 1869, 1945 y 1967 no señalaban este evento, pero tampoco lo impedían al no constar como prohibiciones para ocupar este cargo el hecho de haber sido legislador con anterioridad. Por otra par-

te, los textos constitucionales de 1835 (Art. 41), 1843 (Art. 35), 1845 (Art. 37), 1851 (Art. 27), 1852 (Art. 35), 1878 (Art. 42), 1884 (Art. 59), 1897 (Art. 60), 1906 (Arts. 46 y 52), 1929 (Arts. 38 y 44) y 1946 (Arts. 43 y 49) establecían expresamente la posibilidad de reelección.

Es la Constitución de 1978-79 la que introduce limitaciones en la materia, pues condicionaba la reelección a que haya transcurrido un período completo. Como existía la distinción entre la forma de elegir diputados nacionales y provinciales, en 1983 el Congreso Nacional interpretó de forma auténtica la Constitución *en el sentido de que un Legislador electo por votación nacional, en la elección inmediata, puede ser elegido Diputado Provincial; y, viceversa, un Legislador Provincial puede ser electo como Diputado Nacional para el período legislativo inmediato*,<sup>3</sup> lo que se denominó como *reelección cruzada*.

La prohibición de reelección inmediata se eliminó con la reforma constitucional de 1995,<sup>4</sup> lo que se mantiene en la vigente codificación constitucional, en la que expresamente se señala que ésta puede ser indefinida (Art. 98, inc. 3º, CE). Al respecto, el Código Político dispone que el dignatario de elección popular que se candidate a la reelección gozará de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de su candidatura (Art. 100, inc. 1º, CE), esto es, no ejerce su cargo, debiendo retornar a él luego de la proclamación de resultados, como lo determina el artículo 53, inciso segundo, de la Ley de Elecciones (LE). El señalamiento constitucional es importante por dos razones: la primera es que el diputado que se postula para su reelección puede dedicarse a su campaña sin afectar la actividad legislativa, siendo reemplazado por su suplente. La segunda razón tiene connotación jurídica: la Constitución condiciona la presentación de la candidatura por parte de un funcionario de período fijo, que es el caso de los diputados (Art. 135, inc. 2º, CE), a que presente la renuncia a su cargo (Art. 101, N° 2, CE), norma que sería aplicable si no se previera la anteriormente señalada.

### Requisitos

De conformidad con la Constitución, para ser diputado se requiere *ser ecuatoriano por nacimiento, estar en goce de los derechos políticos, tener al menos veinticinco años al momento de la inscripción de su candidatura*.

La *ciudadanía de origen* es un requisito constitucional común para las dignidades de elección popular, razón por la que las personas que han adquirido la nacionalidad por naturalización no pueden presentar su candidatura a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, y de diputado. No ocurre lo mismo para las dignidades de prefecto, alcalde, consejero, concejal y miembro de juntas parroquiales, en que sólo se exige ser ecuatoriano (Art. 56 LE).

Más allá del debate sobre la discriminación que ha realizado el constituyente entre ciudadanos de origen y ciudadanos por adopción, vedando a los segundos el ejercicio del derecho político a ser elegidos (Art. 26 CE), se debe hacer presente que en otros ordenamientos constitucionales no se impide la presentación de candidaturas por parte de ciudadanos por naturalización. De este modo, por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos se limita a exigir la ciudadanía, sea por nacimiento o por naturalización, para el ocupar el cargo de representante o de senador, aunque en el

último caso existen tiempos mínimos de ciudadanía (siete y nueve años, respectivamente) tal como se establece en el artículo 1, secciones segunda y tercera. Ahora bien, dicha apertura no es absoluta, desde que se exige la ciudadanía por nacimiento para ocupar la presidencia (Art. 2, sección primera, apartado 4). De similar forma, la vigente Constitución de Venezuela dispone que sólo los nacionales por nacimiento pueden ejercer el cargo de Presidente de la República, pero se permite el acceso al cargo de diputado a los venezolanos por naturalización que tengan domicilio ininterrumpido por quince años en la república (Art. 41).

Así mismo, en relación a las Cortes Generales, la Constitución española señala que son electores y elegibles todos los españoles (Art. 68.5), lo que se reitera en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (Art. 6.1); lo mismo ocurre con la Constitución de Nicaragua (Art. 134). La Constitución de Costa Rica, expresamente señala que para ser diputado se requiere la nacionalidad por nacimiento o por naturalización (Art. 108), al igual que en la Carta panameña, aunque en ésta se exige quince años de residencia *después de haber obtenido la nacionalización* (Art. 147).

En todo caso, entre otras y al igual que la ecuatoriana, las Constituciones de Bolivia (Arts. 61 y 64), El Salvador (Art. 126), Guatemala (Art. 162), México (Art. 55), Paraguay (Arts. 221 y 223) y Perú (Art. 90) exigen la nacionalidad por nacimiento para ser legislador. La Constitución de Colombia, en cambio, establece la nacionalidad por nacimiento para el caso de los senadores mas para ser representante solo se requiere ser ciudadano en ejercicio (Arts. 172 y 177).

En relación al *goce de derechos políticos* el requisito se torna evidente desde que uno de esos derechos, como se ha señalado, es precisamente el de ser elegido. La Constitución determina, en su artículo 28, las razones por las que estos derechos son suspendidos.

Respecto de la *edad*, se hace presente que la exigencia de veinticinco años se determina al momento de la inscripción de la candidatura y no al momento de la elección, como se establecía en el texto original de la Constitución de 1978-79 (Art. 57). Similar exigencia de edad se contiene en las Constituciones de Colombia y Estados Unidos para el caso de los representantes.

Importante es señalar que, desde la reforma constitucional de 1995, *no se exige la afiliación* a partido político para presentar candidaturas a dignidades de elección popular, como se exigía en la Constitución de 1978-79, rompiéndose el monopolio partidista o partitocracia que se había iniciado en la Carta de 1967 (Art. 74).<sup>5</sup> En la actualidad los ciudadanos no afiliados a partidos políticos pueden presentar sus candidaturas auspiciados por partidos políticos, es decir, pueden integrar las listas de estas organizaciones políticas, o bien pueden formar parte de las listas que presenten movimientos políticos, ora pueden presentarse en listas de independientes (Art. 98, inc. 1º y 2º, CE). En caso de presentar la candidatura sin estar afiliado o patrocinado por un partido político, se exige un respaldo de firmas equivalente al uno por ciento del respectivo padrón electoral, con excepción de los movimientos que hubieren alcanzado en las dos últimas elecciones pluripersonales el cociente electoral del 0,05% de los votos válidos (Art. 72 LE). La lista de candi-

datos (con principales y suplentes) debe ser completa para su admisión, permitiéndose las alianzas entre organizaciones políticas (Arts. 63 y 65 LE)

### **El lugar de la candidatura**

A diferencia de otros sistemas constitucionales, en el Ecuador no se pueden presentar candidaturas al cargo de legislador por cualquier circunscripción territorial. Esta se limita a la provincia en la que nació el candidato previéndose también la candidatura en la provincia en que aquél haya residido de forma ininterrumpida *por los menos durante los tres años inmediatamente anteriores a la elección*. Como se observa, el constituyente no impuso como requisito el domicilio sino la residencia simplemente, es decir, no se debe establecer el ánimo real o presuntivo de permanecer en el lugar de residencia a través de los criterios para determinarlo, de conformidad con el artículo 48 y siguientes del Código Civil, y que han sido tachadas como inexactas por algunos civilistas.<sup>6</sup>

En definitiva, en algunos casos el candidato podrá optar por dos circunscripciones electorales para presentar su candidatura: la provincia de la que es oriundo y en la que reside por más de tres años ininterrumpidos. En este caso, se hace presente que un mismo ciudadano no puede optar por dos o más candidaturas simultáneamente, so pena de que estas sean anuladas (Art. 69 LE)

Se hace presente que este no es un requisito para ser diputado, sino uno para determinar la o las provincias en las cuales puede presentar su candidatura. Asimismo, el hecho de ser elegido por votación provincial no implica que el congresista así electo represente a esa sección territorial o localidad, pues su actuación siempre debe realizarse con sentido nacional (Arts. 135 CE y 56 LOFL), tanto más cuanto sus atribuciones como diputado (legislar y fiscalizar) tienen, en principio, un evidente alcance nacional y no seccional, para el cual existen otros órganos de representación popular.

### **Inhabilidades**

Comprobado el cumplimiento de requisitos para ostentar la calidad de diputado, se debe verificar que el candidato no se encuentre incurrido en las causales de inhabilitación que se establecen en el Código Político. El artículo 101 de la Constitución concentra estas causales al establecer que quien incurra en alguna de ellas no podrá ser *candidato a dignidad alguna de elección popular*.

#### **a. La condena y el enjuiciamiento penal**

El número 1 del artículo 101 de la Constitución inhabilita a quienes, *dentro de juicio penal por delitos sancionados con reclusión, hayan sido condenados o llamados a la etapa plenaria, salvo que en este segundo caso se haya dictado sentencia absolutoria*.

En caso de haber recibido *pena de reclusión* el ciudadano estará absolutamente inhabilitado para presentar su candidatura, incapacidad que es perpetua, es decir, no se sana con el cumplimiento de la condena. Ello nada tiene que ver con el principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 24, número 16, de la Constitución, pues al afectado no se le estará juzgando otra vez por la misma causa. En primer lugar no existe nuevo proceso o juzgamiento y, en segundo lu-

gar, no se le estarán estableciendo nuevas consecuencias que impliquen responsabilidad penal, es decir, no existiría identidad de causa pretendida (*eadem causa petendi*). Un mismo hecho (*causa imputandi*) puede producir la responsabilidad civil, administrativa, penal y/o política del mismo sujeto, sin que se viole el *non bis in idem*.

Estimo que esta inhabilitación no se puede aplicar a quienes hayan sido condenados a penas de reclusión con anterioridad a la vigencia de esta disposición constitucional, esto es, antes del 10 de agosto de 1998. En todo caso, en la reforma constitucional publicada el 27 de mayo de 1997 se introdujo a la cuarta codificación una inhabilitación similar, aunque restringida a los delitos de peculado, concusión o cohecho *aunque la pena haya sido cumplida o haya prescrito* (Art. 74-A, letra a). De este modo, si se recibió condena por el delito de concusión, luego de la vigencia de esa reforma constitucional y antes del 10 de agosto de 1998, la inhabilitación no permanece en la actualidad, pues este delito se encuentra sancionado con pena de prisión, de conformidad con el artículo 264 del Código Penal (CP) a diferencia de lo que sucede con el peculado (Art. 257 CP) que es sancionado con reclusión, al igual que ocurre, de modo general, con el cohecho (Art. 285 y siguientes CP).

Distinto es el caso de quien, en la actualidad, se encuentra cumpliendo condena por delito sancionado con prisión: si bien no se encuentra inhabilitado no podrá presentar su candidatura por no cumplir el requisito de gozar de los derechos políticos (Art. 28, N° 2, CE), mas, luego de cumplirla, no tendrá obstáculo para hacerlo en razón de esta circunstancia.

Ahora bien, si el condenado se beneficia de una *amnistía general* otorgada por el Congreso Nacional (Art. 130, N° 15, CE), la inhabilitación dejará de existir, toda vez que los hechos que motivaron la sanción penal han sido, jurídicamente, *olvidados*, es decir, no existen en el mundo del Derecho para efectos de la responsabilidad penal, aunque se debe tener en cuenta que la legislatura no puede ejercer esta atribución en caso de delitos contra la administración pública, ni por los mencionados en el inciso tercero del número 2 del artículo 23 de la Constitución, esto es, *por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia*. No ocurre lo mismo con el caso del *indulto particular*, sea éste concedido por el Congreso Nacional o por el Presidente de la República (Arts. 130, N° 15, y 171, N° 20, CE), en virtud del cual sólo se le estará condonando o perdonando al condenado el cumplimiento de la pena, mas ello no implica que los hechos cometidos y que motivaron la sanción sean considerados como jurídicamente inexistentes.

Por otra parte, se inhabilita a quien, dentro de un proceso penal por delito sancionado con reclusión, se encuentra dentro de la *etapa plenaria*. Lo primero que se debe considerar es que esta inhabilitación es relativa: en caso de absolución la incapacidad se sana y en caso de condena ésta se torna perpetua.

La dificultad con esta causal de inhabilitación estriba en el cambio de sistema procesal penal: la etapa plenaria no existe en el vigente Código de Procedimiento Penal (CPP), cuerpo normativo que prevé la etapa del juicio.

Al efecto, se hace presente que la etapa plenaria tenía por objeto practicar *los actos procesales necesarios para*

comprobar la responsabilidad del procesado a fin de condenarlo o absolverlo (Art. 261 del derogado CPP) y la finalidad de la etapa del juicio consiste en practicar *los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo* (Art. 250 CPP), en ambos casos a cargo de los tribunales penales. Como se observa, las finalidades son similares pero no idénticas.

Aquí caben dos interpretaciones, la primera tendente a señalar que quienes han sido llamados a etapa de juicio por delitos sancionados con reclusión se encuentran inhabilitados, y la segunda descartando este evento.

La primera interpretación se podría basar en el principio de la fuerza normativa de la Constitución: señalar que quienes están llamados a etapa de juicio por delitos sancionados con reclusión no están inhabilitados por haberse cambiado el sistema procesal penal pues implicaría dejar sin vigencia una disposición del Código Político dictada cuando no era previsible esa reforma al cuerpo adjetivo. En este mismo sentido, el principio de adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias existentes al momento de realizarse la interpretación, teniendo en cuenta la finalidad del constituyente a la hora de establecer esta incapacidad, señalaría el camino para determinar que la inhabilitación también se aplica para quienes han sido llamados a etapa de juicio por delitos sancionados con reclusión.

La segunda interpretación fundamentaría la no inclusión de los llamados a juicio por delitos sancionados con reclusión a base del principio interpretativo consagrado en el mismo texto constitucional: *En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos* (Art. 18, inc. 2°, CE) En este caso, interpretar que el llamado a juicio inhabilita no sólo que no favorece más la vigencia del derecho a ser elegido (Art. 26 CE) sino que implicaría imponer una restricción al ejercicio de este derecho político que el constituyente no ha establecido de forma expresa.

Me inclino por la primera fórmula interpretativa, además de las razones ahí expuestas, toda vez que el constituyente sí impuso la limitación a la presentación de candidaturas con el objeto de garantizar, de cierto modo, la idoneidad del candidato, lo que debe mantenerse mientras esta disposición constitucional no sea derogada.

#### b. Los funcionarios y servidores públicos, y los docentes universitarios

El número 2 del artículo 101 de la Constitución contiene tres formulas distintas para cada caso, esto es, para los funcionarios públicos, los servidores públicos y los docentes universitarios.

En el caso de los *funcionarios públicos*, sean éstos de libre nombramiento y remoción o de período fijo, la Constitución condiciona la presentación de la candidatura al hecho de haber renunciado al cargo con anterioridad a la fecha en que ésta sea inscrita. El funcionario público, a diferencia del servidor público, tiene un margen de decisión ejerciendo potestades y atribuciones dentro del ámbito de su competencia. Existen funcionarios de libre nombramiento y re-

moción, a quienes se les considera como *de confianza* de la autoridad nominadora. Ahora bien, el régimen de libre remoción es excepcional (Art. 124 CE) debiendo ser establecido, de forma expresa, por la Constitución o la ley. De este modo, la Constitución establece funcionarios de libre remoción, como es el caso de los ministros de Estado (Art. 176 CE), y también lo hacen cuerpos normativos de rango legal, como es el caso de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (Art. 93 LSCCA) Del mismo modo, en el texto constitucional existen diversos funcionarios de período fijo, como es el caso del Defensor del Pueblo (Art. 96), el Contralor General del Estado (Art. 211), el Procurador General del Estado (Art. 214), el Ministro Fiscal General (Art. 218), los superintendentes (Art. 223); y, miembros de cuerpos colegiados como los vocales del Tribunal Supremo Electoral (Art. 209), los miembros del directorio del Banco Central (Art. 262) y los magistrados del Tribunal Constitucional (Art. 275). Las leyes también disponen períodos fijos para el ejercicio del cargo de diversos funcionarios, como ocurre, por ejemplo, con los vocales de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, de conformidad con el artículo 3 de su Ley Orgánica.

Respecto de los *servidores públicos* el régimen constitucional varía: *gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de sus candidaturas; y de ser elegidos, mientras ejerzan sus funciones*. En virtud de la licencia, el servidor deja de ejercer el cargo sin incurrir en causal de abandono como fórmula de cesación de funciones. La finalidad del constituyente es doble a través de esta disposición constitucional: que el servidor pueda presentar su candidatura y dedicarse a su campaña sin afectar sus labores y a la institución pública en que los presta, y, además, impedir que el servidor incurra en la prohibición de realizar proselitismo político en el lugar de trabajo (Art. 27, letra f, LSCCA). Tal como se revisó anteriormente, esta licencia se extiende hasta la fecha de proclamación de resultados, ampliándose al tiempo de ejercicio de la dignidad en caso de ser electo. Sobre este último aspecto, se debe considerar que el Código Político prohíbe el desempeño de más de un cargo público por una misma persona (Art. 125 CE), lo que se reitera en la ley, incluyendo expresamente en este caso a quienes se encuentran *ejerciendo alguna dignidad por votación popular o cualquier función pública* (Art. 12 LSCCA) Dos bondades adicionales se desprenden de esta norma: el servidor público no se verá disuadido de participar en la vida política de la nación, toda vez que la presentación de su candidatura no afectará su estabilidad laboral, dejándole la posibilidad de retornar al cargo cuando corresponda (proclamados los resultados si no es electo y luego de cumplir con el período para el que fue elegido en el evento contrario), e impedir que las autoridades nominadoras afecten ilegítimamente en el derecho de participación política, pues la licencia no puede ser negada: inscrita la candidatura bastará que el servidor haga presente el hecho en su institución para que, de pleno derecho, goce de licencia sin remuneración.

La previsión de la *docencia universitaria* tiene un objeto distinto: es una norma de excepción a la ya reseñada pues se dispone que los catedráticos universitarios *no requerirán de licencia para ser candidatos y ejercer la dignidad*. Existen profesores de instituciones de educación superior estatales que cuentan con nombramiento, razón por la cual, si no

existiera esta norma, gozarían de licencia sin sueldo como cualquier servidor público y no podrían ejercer el doble cargo público. La razón de esta norma permisiva se contiene en el mismo texto constitucional: la docencia universitaria no es incompatible con ningún cargo público (Art. 125 CE) y, específicamente, tampoco con la diputación (Art. 135, inc. 2º, CE)

#### c. *Los magistrados y jueces de la Función Judicial*

Al igual que en el caso de los funcionarios públicos en general, a los magistrados y jueces de la Función Judicial se les exige la renuncia como condición para la presentación de candidaturas, pero con una restricción adicional: esa renuncia debe anticiparse con seis meses, por lo menos, a la fecha de inscripción de la candidatura. La finalidad evidente de esta disposición es fortalecer la independencia de esta Función del Estado: no se puede ejercer, a la vez, la judicatura y una dignidad de elección popular. La misma Ley Orgánica de la Función Judicial, en la situación inversa, dispone que no pueden ser jueces quienes desempeñen otros empleos y cargos incompatibles (Art. 4, N° 11, LOFJ) La anticipación de seis meses de la renuncia tiene por objeto garantizar la transparencia de quien habiendo ejercido la judicatura opte por una dignidad de elección popular.

Ahora bien, esta disposición no es aplicable a quienes ejerciendo la jurisdicción no forman parte de la Función Judicial, como es el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional o de los magistrados y jueces que aún se encuentran incluidos dentro de la vigésima sexta disposición transitoria, a quienes se les debe hacer efectiva la norma que se contiene en el número 2 del artículo 101 del Código Político.

#### d. *Participación en gobiernos de facto*

La norma contenida en el número 3 del artículo 101 de la Constitución contiene una cláusula de salvaguardia democrática: a quienes han participado en gobiernos de facto, es decir, rompiendo el régimen constitucional, se les prohíbe la presentación de candidaturas para cargos de elección popular. La inhabilitación en estos casos es perpetua.

Esta prohibición es perfeccionada en la actual codificación constitucional, toda vez que, con anterioridad, se establecía la inhabilitación para *quien haya ejercido el gobierno de facto*, tal como se incorporó a la primera codificación de 1984 (Art. 79, N° 2) y que se mantuvo así hasta la cuarta codificación de 1997 (Art. 104, N° 1). Lo primero que se debe señalar es que esta incapacidad no se previó en el texto original de la Constitución de 1978-79 y que, en las restantes codificaciones, sólo se estableció para el caso del Presidente de la República. Es la codificación de 1998 la que introduce este caso como causal de inhabilitación general para presentar candidaturas a dignidades de elección popular, tal como se dispuso en la Constitución de 1967 (Art. 259)

Por otra parte, como lo señalaba Hernán Salgado, la inhabilitación a *quien haya ejercido el gobierno de facto* era vaga pues no se especificaba a que funciones o cargos se refería.<sup>7</sup> Era clara la referencia a quienes dirigían el gobierno, pero no se determinaba con precisión el límite de la norma, es decir, si se incluía a otros funcionarios del régimen. La actual disposición, con claridad, establece la inhabilitación a quienes *hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos*

*de facto*, esto es, al dictador, al miembro de la junta o del consejo de gobierno, o como se denomine al órgano correspondiente, no así a quienes hayan participado, por ejemplo, en órganos legislativos.

#### e. *Los miembros de la fuerza pública*

El artículo 101, número 5, de la Constitución inhabilita a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, razón por la cual, si uno de estos ciudadanos desea presentar su candidatura deberá solicitar y obtener la respectiva baja de la institución. La fuerza pública está integrada por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (Art. 183 CE), y la primera se forma por la Fuerza Terrestre, la Fuerza Naval y la Fuerza Aérea. Esta inhabilitación se motiva en el carácter obediente y no deliberante de estas instituciones (Art. 184 CE), ocurriendo que la Ley de Personal de la Policía Nacional prohíbe, de forma expresa, que sus miembros en servicio activo participen directa o indirectamente en actividades políticas (Art.8)

Por otra parte, esta inhabilitación no es aplicable para los miembros de otras instituciones que ejercen similares funciones a las de la fuerza pública, específicamente a las de la Policía Nacional, pero que no la integran, como es el caso de la Comisión de Tránsito del Guayas, de las policías metropolitanas de Quito y Guayaquil y el resto de policías municipales. En estos casos las disposiciones aplicables son las contenidas en el número 2 del artículo 101 de la Constitución, al tratarse de servidores públicos.

#### f. *Contratos con el Estado*

El número 6 del artículo 101 de la Constitución inhabilita a aquellos *que tengan contrato con el Estado, como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, siempre que el contrato haya sido celebrado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual.*

Esta causal de inhabilitación perfecciona las contenidas en la Constitución de 1978-79, en las que se impedía que integren la legislatura o que sea elegido Presidente de la República a quienes *personalmente o como representantes de personas jurídicas tengan contratos con el Estado* (Arts. 58, letra e, y 79, N° 7). La Constitución en su texto original, por otra parte, inhabilitaba para el cargo de legislador *a los presidentes, gerentes y representantes legales de bancos y demás instituciones de crédito establecidos en el Ecuador, así como los de sucursales o agencias* (Art. 58, letra d); y, para presidente de la república, a *quien sea representante legal de compañías extranjeras* (Art. 79, N° 8), lo que se extiende también para los congresistas en la primera codificación de 1984 (Art. 58, letra h).

No sólo que el primer mérito de la actual codificación constitucional es concentrar en un solo artículo las inhabilitaciones generales (para toda dignidad de elección popular), sino que elimina odiosas discriminaciones: ¿por qué el representante legal de una compañía ecuatoriana sí podía ser candidato a la presidencia de la república y no el de compañía extranjera? Del mismo modo, el vigente texto constitucional perfecciona la inhabilitación del contratista del Estado: ¿qué influencia o que beneficios ilegítimos puede ejercer u obtener como presidente de la república o congresista

una persona que tiene un contrato con el Estado, por ejemplo, para la venta de comida a los servidores de un ministerio, o que arriende un bien a alguna institución del Estado? Por otra parte, se podía sostener que un concesionario minero no se encontraba inhabilitado alegando que la concesión es un acto administrativo y no un contrato, por ejemplo, asunto que es punto de discusión dentro del Derecho Administrativo.

La actual codificación constitucional tiene el mérito, insisto, en perfilar una causal de inhabilitación basada en el objetivo de evitar el conflicto de intereses (el público frente a la obtención de beneficios personales) pretendiendo ejercer influencias como dignatario público.

En la actualidad, el solo hecho de ser contratista del Estado no inhabilita a quienes sean representantes de personas morales, nacionales o extranjeras. Se deben reunir una serie de elementos que deben presentarse de manera simultánea y unívoca para que opere la causal: 1° Se debe ser contratista o concesionario del Estado; 2° esa vinculación puede ser tanto por los propios derechos del candidato, o como representante o apoderado de una persona jurídica, sea ésta nacional o extranjera; 3° el contrato o concesión debe tener por objeto la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos (vgr. Art. 249 CE) o la explotación de recursos naturales (vgr. Art. 247 CE).

Si bien ello cumple con la finalidad de evitar el conflicto de intereses o el ejercicio de influencias de modo ilegítimo, se debió mantener la inhabilitación *a los presidentes, gerentes y representantes legales de bancos y demás instituciones de crédito establecidos en el Ecuador, así como los de sucursales o agencias*, como se establecía en el texto original de la Constitución de 1978-79, aunque ampliándola a todos los cargos de elección popular.

### **Las facultades de la Función Electoral en la materia**

Al Tribunal Supremo Electoral le corresponde convocar a elecciones, con una anticipación mínima de noventa días al acto electoral,<sup>8</sup> y dentro de ésta debe señalar las dignidades a elegirse y la fecha de cierre de inscripción de candidaturas, el que será cuando menos sesenta y un días antes del día de las elecciones (Arts. 45 y 62 LE) La inscripción debe realizarse ante el órgano electoral competente (Arts. 64 y 65 LE) y una vez efectuada es irrenunciable (Art. 48 LE)

Si uno o más candidatos no reúnen los requisitos para ocupar la dignidad de elección popular, la candidatura o la lista es rechazada por el órgano electoral respectivo, debiéndose presentar nuevamente cambiando solo los candidatos rechazados dentro del plazo de tres días. Sólo en el caso de no cumplirse los requisitos se puede negar la inscripción de candidaturas por parte del Tribunal Supremo Electoral o los tribunales provinciales electorales, según sea el caso; en el evento de existir una inhabilitación debe presentarse una impugnación por parte de los representantes de los partidos u organizaciones políticas o bien de los otros candidatos, es decir, los órganos electorales no pueden actuar de oficio en esta materia, por lo que las inhabilitaciones no operan de pleno derecho (Arts. 66 y 68 LE)

### **Incompatibilidades**

La Constitución, en el inciso segundo de su artículo 135, determina una serie de labores que son incompatibles con el ejercicio de la diputación, al señalar que *no podrán desempeñar ninguna otra función pública o privada, ni dedicarse a sus actividades profesionales si fueren incompatibles con la diputación*, con excepción de la docencia universitaria.

Respecto del desempeño de otra **función pública**, se debe tener presente que la vigente codificación constitucional establece que la dignidad de diputado implica ya el ejercicio de una función pública, todo lo contrario a lo que se determinó a partir de la primera codificación constitucional de 1984 (Art. 58, inc. final). De este modo, se reitera el principio general de que nadie puede desempeñar más de un cargo público (Art. 125, inc. 1°, CE).

Sobre el ejercicio de otra **función privada y la actividad profesional**, se debe hacer una distinción: el texto constitucional prohíbe, absolutamente, el ejercicio de función privada a un diputado, mientras que condiciona su actividad profesional a que no sea incompatible con la diputación.<sup>9</sup> La primera incompatibilidad pretende evitar que existan conflictos de intereses a la hora de ejercer la actividad legislativa respecto de la función privada, toda vez que la misma Constitución señala que los diputados deben actuar con sentido nacional (Art. 135, inc. 1°, CE), esto es, velando por el interés público y no por intereses particulares o personales. En el segundo caso, respecto del ejercicio de la profesión, se pretenden dos cosas: que el legislador no ejerza influencias para obtener provecho ilegítimo de su cargo dentro del ejercicio profesional y, por otra parte, que la actividad profesional no afecte el ejercicio de la legislatura. Ni la Constitución, la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el Reglamento Interno del Congreso determinan las profesiones que son incompatibles con la diputación, pues, obviamente, tal establecimiento resultaría prácticamente imposible y, a no dudarlo, pecaría de serios vacíos e imprecisiones. En todo caso, a partir de la misma legislación se pueden identificar profesiones incompatibles con la diputación, como ocurre, en el evento contrario, con el número 3 del artículo 150 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que prohíbe ejercer la abogacía a los legisladores. En definitiva, la determinación del ejercicio profesional incompatible corresponde, en cada caso, al mismo Congreso Nacional.

Por último, se hace presente que el ejercicio de la **cátedra universitaria** no sólo que está permitida a los legisladores sino, en general, a todos los servidores y funcionarios públicos, aunque siempre condicionada a que el horario lo permita (Art. 125, inc. 1°, CE).

### **Prohibiciones**

La Constitución de 1978-79, en su texto original y hasta su segunda codificación, inclusive, no contenía prohibiciones para los diputados. Es en la reforma constitucional publicada en enero de 1995 en que se introduce la primera, respecto de la prohibición de manejar fondos del presupuesto del Estado. En los incisos tercero y cuarto del artículo 135 de la vigente codificación constitucional se establecen cuatro prohibiciones para los congresistas:

a. *Sobre los recursos del presupuesto general del Estado*

La Constitución prohíbe que los legisladores ofrezcan, tramiten, reciban o administren recursos del presupuesto general del Estado, *salvo los destinados al funcionamiento administrativo del Congreso Nacional*. La prohibición es concordante con las atribuciones principales de los congresistas: legislar y fiscalizar, en lo que nada tiene que ver el manejo de recursos estatales, los que se destinan, fundamentalmente, a la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras públicas y a la administración de bienes afectados al dominio público, funciones que corresponden a otros órganos del poder público. Con ello no sólo que se tiende a evitar que los candidatos ofrezcan realizar labores que no les competarán en el ejercicio de su función, dentro de la campaña electoral o en su plan de trabajo (Art. 109, inc. 2°, CE), además de prevenir la comisión de actos alejados al principio de probidad (Arts. 120, inc. 2°, CE y 1, letra c, CEL).

b. *Gestionar nombramientos de cargos públicos*

Como se ha señalado, el ejercicio de la diputación debe responder a los intereses nacionales y no a intereses individuales, sean éstos personales o de terceros. Lejos de la actividad de legislador se encuentra ejercer influencias ilegítimas de toda clase, incluida la presente. Lo dicho, estimo, no puede ser llevado al extremo de pretender que un congresista, como cualquier persona, otorgue una carta de recomendación a favor de una persona; esta prohibición tiene que ver con la influencia que se ejerce para que a favor de una persona se extienda un nombramiento.

c. *Percibir ingresos que no corresponden al cargo*

Los diputados perciben a cambio del ejercicio de su función una prestación económica bajo la fórmula de la dieta, cuyo montante es determinado por el mismo Congreso y que se somete al presupuesto institucional que elabora y aprueba del Consejo Administrativo de la Legislatura (segundo artículo innumerado incorporado por el Art. 5 de la Ley N° 98-114 reformativa a la LOFL y Art. 168 RIFL).

La Constitución prohíbe al diputado *percibir dietas u otros ingresos de fondos públicos que no sean los de diputado*. Esta situación va más allá de la comisión de delitos contra la administración pública como son el peculado, la concusión, el cohecho y el enriquecimiento ilícito. En este caso no es que no será necesario probar la comisión de una infracción, sino que el congresista no podría superar la prohibición aduciendo el ingreso lícito de esos haberes. Esta prohibición, fundamentalmente, tiene por objeto la actuación independiente y autónoma de los diputados.

d. *Ejercicio de otras funciones, cargos o dignidades*

Los diputados no pueden *integrar directorios de otros cuerpos colegiados de instituciones o empresas en las que tenga participación el Estado*. Esta prohibición se aplica en el evento de no incurrir en la incompatibilidad de ejercer otra función pública, toda vez que la integración en determinados cuerpos colegiados no necesariamente implica nombramiento ni la percepción de una remuneración.

Estimo, en cambio, que la prohibición de aceptar *nombramientos, delegaciones, comisiones o representaciones remuneradas de la Función Ejecutiva* sí incurre en una reiteración innecesaria. Si el legislador acepta un nombramiento de la Función Ejecutiva incurrirá en la incompatibilidad señalada en el inciso segundo del artículo 135 del Cód-

igo Político, pues estará ejerciendo otro cargo público. En el caso de las delegaciones, comisiones o representaciones de la Función Ejecutiva se debe tener presente que la prohibición se refiere exclusivamente en el caso de que éstas sean remuneradas.

El hecho de incurrir en una de estas incompatibilidades o prohibiciones el congresista estaría incurso en causas de descalificación, que implican la pérdida de la calidad de diputado, las que son conocidas y juzgadas por el Congreso Nacional previo informe del Comité de Excusas y Calificaciones (Arts. 65 y 66, letra b, LOFL y 30 RIFL). Sin embargo, en estos eventos el legislador puede presentar su excusa, la que debe ser aceptada sin trámite previo y sin discusión por parte del Congreso (Art. 67 LOFL)

*Violaciones al Código de Ética de la legislatura*

El artículo 136 de la Constitución determina que las violaciones al Código de Ética serán sancionadas por el Congreso Nacional con mayoría absoluta, la misma que puede ocasionar la pérdida de la calidad de diputado. En virtud de lo ordenado en la vigésima primera disposición transitoria del Código Político, el Congreso Nacional aprobó su Código de Ética que rige desde su publicación el 24 de noviembre de 1998. Este cuerpo normativo se dictó con la finalidad de que se recupere la confianza en esta institución política, precautelando y fortaleciendo la democracia de esta forma, promoviendo que los actores políticos que la integran actúen con *responsabilidad, honestidad, decoro y transparencia en todos los actos de su vida pública y privada*.

En este Código se tipifican una serie de infracciones, incluyendo algunas conductas que se sancionan con la pérdida de la calidad de diputado:

a. *Divulgar datos revelados en sesión reservada*

Se sanciona con suspensión temporal de un mes al *diputado que divulgare datos revelados en una sesión reservada* y con el doble de la pena en caso de reincidencia (Art. 13, incs. 1° y 2°, CEL). La regla general es que las sesiones sean públicas, tanto en período ordinario como extraordinario, mas el Congreso puede sesionar reservadamente cuando, en atención al asunto a ser tratado, así lo consideren el Presidente del Congreso o los diputados. La constitución en sesión reservada corresponde al Presidente del Congreso, previa decisión adoptada por simple mayoría por parte de la legislatura (Art. 17, N° 17, LOFL, el innumerado que se agrega luego del Art. 13 LOFL, en virtud del Art. 4 de la Ley N° 98-114, y Art. 48, inc. 3°, RIFL). En este caso sólo quedan en la sala *los legisladores, el Secretario, el Prosecretario, los edecanes y el taquígrafo que designe la Presidencia* (Art. 48, inc. 2°, RIFL).

Ahora bien, si la divulgación de datos revelados en la sesión revelada compromete *gravemente la seguridad interna o externa del país*, se sanciona al diputado con la pérdida de esa calidad (Art. 13, inc. 3°, CEL)

b. *Enriquecimiento ilícito*

Se sanciona con la pérdida de la calidad de diputado al legislador *que se le comprobare enriquecimiento ilícito*, decisión que debe ser adoptada por el Congreso Nacional previo informe del Comité de Excusas y Calificaciones (Art. 20 CEL)

La duda que se plantea respecto de esta disposición es que, al ser el enriquecimiento ilícito un delito incorporado al Código Penal mediante ley reformativa de agosto de 1985, debería requerirse sentencia penal ejecutoriada para descalificar al legislador, en virtud del principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución (Art. 24, N° 7).

Lo dicho podría dejar sin vigencia la disposición contenida en el Código de Ética, no sólo por la demora en que se puede incurrir en el proceso penal, dictándose la sentencia correspondiente cuando el afectado ya ha concluido su período, sino porque en caso de emitirse sentencia condenatoria en contra del legislador, se le suspenderían sus derechos políticos en virtud de la pena privativa de libertad que se le impone (Art. 28, N° 2, CE) y que configura, además, otra causa de descalificación (Art. 66, N° 1, LOFL).

Por ello, estimo que el enriquecimiento ilícito que comprueba en contra del legislador el Congreso Nacional es independiente de la eventual responsabilidad penal que deberá hacerse efectiva en su contra previo el proceso correspondiente. De este modo, si la legislatura descalifica al diputado por esta causa deberá remitir los antecedentes que motivaron esta decisión al Ministerio Público.

#### c. *Inasistencia a sesiones*

Dos consecuencias distintas en caso de inasistencia a sesiones se prevén en el Código de ética, sea que ésta se verifique en período ordinario o en período extraordinario.

Cesa en funciones, previo dictamen del Comité de Excusas y Calificaciones, el *diputado que dejase de asistir durante diez sesiones consecutivas, en el período de un mes, sin haber solicitado licencia o presentado justificación*, siendo reemplazado definitivamente por su suplente (Art. 22, inc. 1°, CEL). La norma no resulta del todo exigente, pues, si se considera el número de sesiones semanales que efectivamente se realizan, el legislador debería faltar injustificada e ininterrumpidamente más de tres semanas dentro del período de un mes para cesar en funciones, bastándole asistir a una sesión para que se deban contar nuevamente sus inasistencias. Si un ciudadano ha sido elegido para representar al pueblo en la legislatura, lo mínimo que se le puede exigir es que asista a sesiones y, de este modo, cumpla con el mandato otorgado y las funciones encomendadas a través del Código Político.

Por otra parte, si el diputado dejase de asistir injustificadamente a tres sesiones de un período extraordinario, previo dictamen del Comité de Excusas y Calificaciones, se llamará al suplente o alterno, quien le sustituirá por el tiempo que falte hasta la conclusión del período (Art. 22, inc. 2°, CEL). Como se observa, el número de inasistencias injustificadas se reduce y la consecuencia jurídica es distinta, todo ello en consideración a la naturaleza del período extraordinario, que puede ser convocado durante los recesos que se extienden durante un mes (Art. 132 CE). De este modo, si se convoca a período extraordinario de sesiones sólo se puede tratar el o los asuntos materia de la convocatoria y si el legislador ha faltado a tres sesiones, lo más probable es que no tendrá el conocimiento necesario para decidir el asunto que se está tratando, por lo que resulta conveniente que el tema lo siga debatiendo su suplente.

#### d. *Desafiliación o expulsión*

En nuestro ordenamiento constitucional, la desafiliación o expulsión de un diputado de su partido político no implica que pierda la calidad de legislador, sino, exclusivamente, en los siguientes eventos:

**1° Obtención ilegítima de beneficios**, sean éstos económicos o políticos, en su provecho o a favor de terceros (Art. 23, letra a, CEL). Como se ha señalado de forma reiterada, el diputado debe actuar con sentido nacional (Arts. 135 CE y 56 LOFL) esto es, en pro del interés público: no ha sido elegido por el pueblo para que satisfaga sus propias expectativas, sino para que actúe en beneficio del soberano. Si el diputado se ha desafiliado para obtener esos beneficios ilegítimos o ilícitos, o si ha sido expulsado por actuar de ese modo, ello acarrearía su descalificación.

**2° Desacato a resoluciones de la organización política** (Art. 23, letra b, CEL). Al interior de los partidos y movimientos políticos, y en los bloques legislativos, se suelen tomar decisiones sobre cómo votar en asuntos determinados. El acatamiento de esas disposiciones se fundamenta, comúnmente, en la disciplina partidista, llegando los congresistas, inclusive, a votar en contra de sus propias convicciones. En ocasiones, hay legisladores que se apartan de esas decisiones internas, pero ello no implica que se configure esta causal de descalificación, sino cuando ese desacato contradiga los principios doctrinarios o el programa de acción política de la organización, a las resoluciones declaradas trascendentales o al compromiso electoral del partido o movimiento.

Respecto de los principios doctrinarios, el programa de acción política y el compromiso electoral de la organización política no existe mayor dificultad, no sólo porque éstos pueden ser identificados sino porque con esta norma se evita que se afilien a estas organizaciones personas que sólo tienen afán electoral, sin que coincidan con el lineamiento ideológico del partido, lo que, además, produce un engaño al electorado que bien puede votar por la persona, pero que también se deja guiar por el partido en cuya lista participa el candidato. En cambio, estimo que resulta extremo dejar al arbitrio de las organizaciones políticas declarar trascendente una resolución interna y, de este modo, condicionar la actuación de sus congresistas incluso contra sus convicciones. Las mismas normas se aplican para quienes hayan sido auspiciados por el partido o movimiento político y a los legisladores independientes que, en las condiciones señaladas, se separen del bloque. En estos casos, la descalificación puede ser solicitada por la mayoría de los diputados pertenecientes a la organización política.

Ahora bien, la pérdida de la calidad de diputado es decidida por el Congreso nacional por mayoría absoluta, previo informe del Comité de excusas y calificaciones en donde el diputado hace efectivo su derecho de defensa. La organización política deberá demostrar que la expulsión se produjo respetando el debido proceso.

#### **Inmunidad parlamentaria**

Dos clases de inmunidad se consagran en el artículo 137 de la Constitución: una de fondo y otra de forma.

## Inmunidad de fondo

A través de la inmunidad de fondo se protege al legislador desde el punto de vista de su función, haciéndolo civil y penalmente no responsable por los votos u opiniones que emite en el ejercicio del cargo (Arts. 137, inc. 1º, CE, 61 LOFL) Esta clase de inmunidad ya se prevé en el Bill of Rights inglés de 13 de febrero de 1689, en el que se declara *Que la libertad de palabra y los debates o procedimientos en el Parlamento no deben ser acusados o cuestionados en ninguna Corte o lugar, fuera del Parlamento.*

En virtud de esta inmunidad el congresista puede ejercer sus funciones con absoluta libertad, las que consisten fundamentalmente en legislar y fiscalizar. Cuando se aprueba una ley se pretende beneficiar al interés general, pero pueden existir sectores que se sientan afectados incluso en el ámbito patrimonial. Si el legislador no tuviera esta inmunidad, eventualmente, se vería avocado a procesos civiles por daños y perjuicios, por ejemplo. Del mismo modo, cuando se ejerce la potestad fiscalizadora, a través de la información documentaria y fundamentalmente a través del juicio político (Art. 130, Nº 8 y 9, CE), podría verse sometido a querrelas por injurias, por ejemplo, en virtud de las acusaciones que realiza el diputado. En ambos casos la ausencia de esta inmunidad le impediría al congresista ejercer su función con independencia y autonomía.

Ahora bien, la inmunidad de fondo no cubre al legislador de delitos cometidos formalmente durante sus funciones, al interior del Congreso, pero que nada tienen que ver con el ejercicio de sus atribuciones. En este caso se aplicará la inmunidad de forma. Por otra parte, la inmunidad de fondo no se restringe a opiniones vertidas dentro del Parlamento, como en apariencia se señala en el reglamento interno de la Función Legislativa (Art. 154, inc. 2º). Si bien los votos deben emitirse dentro de la legislatura, es decir, en el pleno del Congreso o en las comisiones legislativas permanentes en las que actúa el congresista, las opiniones sobre asuntos de competencia del Congreso (Art. 130 CE) pueden realizarse fuera del Parlamento, vgr. a través de medios de comunicación social, encontrándose cubiertos por la inmunidad de fondo.

Se debe insistir en el hecho que la inmunidad de fondo protege la actividad del legislador, por lo que ésta es absoluta, es decir, no se puede enjuiciar ni civil ni penalmente por votos u opiniones emitidos en calidad de diputado, ni siquiera concluido su período de funciones o habiendo perdido esa calidad de forma posterior, pues, en caso contrario, el congresista se vería sometido a los mismos predicamentos que se han señalado, los que simplemente se prorrogarían en el tiempo, es decir, bastaría con esperar que el legislador pierda esa dignidad para enjuiciarlo por asuntos atinentes al estricto cumplimiento de sus atribuciones.

## Inmunidad de forma

La inmunidad de procedimiento, también denominada inviolabilidad, protege al legislador de enjuiciamientos penales por asuntos ajenos al ejercicio de funciones y respecto de órdenes de detención con fines investigativos. De este modo, para que proceda el enjuiciamiento penal de un diputado debe lograrse la autorización de la legislatura, y su de-

tención con fines investigativos se limita a la comisión de delitos flagrantes (Art. 137, inc. 2º, CE).

En este sentido, la inmunidad de forma se presenta como un privilegio que la Constitución otorga a los diputados. Digo privilegio porque el diputado, como cualquier persona, puede cometer delitos, con la diferencia de que al común de los ciudadanos se le podrían dictar medidas preprocesales en su contra, como es la orden de detención, o se le pueden iniciar procesos penales sin ningún condicionamiento adicional, a diferencia de la inmunidad de fondo, en el que la diferencia estriba en la naturaleza de las funciones del diputado (legislar y fiscalizar) que no están en manos del común de los ciudadanos.

## Inmunidad ante detenciones

Como se señaló, los diputados no pueden ser *privados de su libertad, salvo en el caso de delitos flagrantes.* En principio, para que opere la detención se requiere de orden escrita de juez competente, salvo delito flagrante (Art. 24, Nº 6, CE), esto es, el cometido *en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido* (Art. 162 CPP). La obligación de los agentes policiales es poner al detenido a órdenes de la autoridad judicial dentro de las siguientes veinticuatro horas, y si el aprehensor es un particular éste debe entregar al detenido a los agentes policiales para que se proceda conforme lo reseñado (Arts. 161 y 163 CPP). La flagrancia en la comisión de un delito es, entonces, una fórmula de excepción al requerimiento de orden judicial para proceder a la detención de una persona.

En definitiva, el diputado sólo puede ser aprehendido en caso de delito flagrante, por lo que no se pueden emitir órdenes de detención en su contra. En el evento de la detención por delito flagrante, el diputado es puesto a órdenes del juez competente, es decir, ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y en arresto domiciliario (Arts. 62 LOFL, 13, Nº 2, y 28, Nº 3, LOFJ).

Antiguamente, la Constitución señalaba que los diputados son inmunes, salvo el caso de delito flagrante, el que debía *ser declarado por el Congreso*, condición que se agregó en la primera codificación de 1984 (Art. 62) y que se mantuvo hasta la cuarta codificación (Art. 84), la misma que no se contenía en el texto original de 1978-79 (Art. 62) A esas codificaciones constitucionales responde el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, vigente desde 1992. La calificación legislativa de la flagrancia del delito resultaba curiosa (la detención ya había ocurrido) y pecaba de inútil, por los plazos de vigencia de la detención con fines investigativos y por la independencia de este acto con la autorización de enjuiciamiento, el que puede operar con o sin detención previa.

En caso de delito flagrante el diputado sigue siendo inmune, lo único que ocurre es que se la he privado de su libertad con fines investigativos. Tan inmune es que, incluso en el caso de detención y arresto domiciliario, se deberá requerir autorización legislativa para proceder a su enjuiciamiento, como se revisará.

Por último, distinto es el caso de la prisión preventiva, que es una medida cautelar que se dicta dentro de un proce-

so penal (Art. 160 CPP), y que puede ser dictado por el juez competente -en el caso de los diputados por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia-, por propia decisión o a petición del Fiscal. Como se verá, el procesamiento penal de un legislador sólo puede efectuarse previa autorización legislativa.

### **Inmunidad ante enjuiciamientos penales**

Como se dijo, para iniciar un enjuiciamiento penal en contra de un diputado se debe contar con la respectiva autorización legislativa (Art. 137, inc. 2º, CE), la que debe ser solicitada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, remitiendo todos los antecedentes al Presidente del Congreso Nacional (Arts. 62 y 63, inc. 1º, LOFL), Remitida la solicitud, el Presidente del Congreso designa una comisión para que ésta emita el respectivo informe (Arts. 63, inc. 2º, LOFL y 156, inc. 2º, RIFL).

La inmunidad de fondo, en este aspecto, tiene por objetivo evitar que los congresistas sean sometidos a apremios ilegítimos por parte de otras personas basándose en la comisión supuesta o real de infracciones penales.<sup>10</sup> Es por ello que el Congreso califica los hechos y analiza si existen méritos suficientes para enjuiciarlo, tal como se señalaba en la cuarta codificación de 1997, luego de la reforma constitucional publicada en mayo de ese año (Art. 84); cuyo texto sería conveniente retomar para que no se confunda inmunidad con impunidad.

En la codificación constitucional de 1998 se establece un plazo para que el Congreso Nacional se pronuncie sobre la solicitud de enjuiciamiento penal de un diputado y, en caso de omisión, se determina una consecuencia jurídica: se entiende concedida la autorización. La finalidad de esta disposición constitucional consiste en evitar que la Legislatura no discuta el tema y ello baste para impedir un enjuiciamiento penal. Pero de esa aparente ventaja se desprende una desventaja: bastará que el Congreso no discuta el tema para que el diputado sea sometido a un proceso, sin que se haya realizado el análisis de los hechos y del mérito de esos antecedentes, pudiéndose provocar así procesos tendentes a apremiar al legislador de forma ilegítima.

Durante los recesos el decurso del plazo de treinta días se suspende, en razón de que durante este tiempo la legislatura no ejerce sus funciones, por lo que mal se podría tratar y decidir sobre la solicitud de enjuiciamiento durante ese lapso de tiempo. Durante los recesos se puede convocar a período extraordinario de sesiones, por lo que la suspensión de plazo no se interrumpirá si es que entre los asuntos materia de la convocatoria no consta este punto de discusión, pues otro tema no puede ser tratado. (Art. 133 CE).

Esta inmunidad, insisto, protege a la persona del legislador y no a la actividad legislativa (para lo que se prevé la inmunidad de fondo), por lo que si el legislador comete un delito en asuntos ajenos al ejercicio de su cargo, una vez que concluye su período podría ser sometido a un proceso sin el requerimiento de autorización: el Congreso no puede autorizar o negar la autorización de procesamiento de una persona que no ostente en ese momento la calidad de legislador. En todo caso, en la actualidad incluso en el evento que el Congreso haya negado la autorización de enjuiciamiento de un diputado, ello no obsta a que se inicie el proceso una vez que concluya su período. En este sentido, conveniente sería

retomar la norma incorporada a la Constitución en la reforma de mayo de 1997 que establecía que *el tiempo de la inmunidad no se computará para los efectos de la prescripción o el abandono de las causas por delitos cometidos antes o durante el ejercicio de la legislatura*.

Por otra parte, si el delito fue cometido con anterioridad a su posesión y ya se inició la causa penal el proceso continuará tramitándose sin requerir autorización legislativa (Art. 137, Inc. 3º, CE), pero si se pretende iniciar el proceso cuando ya ostenta la dignidad, se deberá solicitar la autorización.

Por último, se hace presente que el hecho que se autorice el enjuiciamiento penal de un diputado, comúnmente llamado *levantamiento de inmunidad*, no implica que el legislador no sea inmune. Tan inmune es que si comete otro delito, para enjuiciarlo se deberá requerir una nueva autorización legislativa.

## **Funcionamiento del Congreso Nacional**

### **Presidente y Vicepresidentes de la legislatura**

Antes de la codificación de 1998 la Constitución no contenía normas sobre elección y período de los dignatarios del Congreso Nacional. En virtud del Reglamento Interno del Congreso Nacional, al interior de la legislatura se elegía un presidente y un vicepresidente por mayoría absoluta, cargos a los que podía ser mocionado cualquier congresista, con un período de funciones de un año y la posibilidad de reelección (Arts. 12 y 13 RIFL).

En la Asamblea Nacional de 1997-98 se decidió normar constitucionalmente esta materia, ampliando el período de duración de los cargos a dos años y aumentando la dignidad de segundo vicepresidente, además de establecer una condición para que los diputados accedan a esas funciones (Arts. 129 CE y 11 LOFL).

Para este efecto se dividió el período legislativo en dos, estableciendo que para los primeros dos años el Presidente debe ser elegido entre los diputados pertenecientes al partido o movimiento que tenga la mayor representación legislativa; el primer vicepresidente del partido o movimiento que tenga la segunda mayoría; y, el segundo vicepresidente de los partidos o movimientos minoritarios. En los siguientes dos años la forma de elección se invierte para el caso del presidente y primer vicepresidente: deben elegirse de entre los partidos o movimientos que hayan obtenido la segunda y la primera mayoría, respectivamente, manteniéndose al segundo vicepresidente de entre las minorías.

La forma para establecer las mayorías se basa no en el electorado, asunto que se complica con el sistema de preferencias que se establece en la Constitución (Art. 99 CE),<sup>11</sup> sino en el número de diputados que el partido o movimiento tiene dentro del Congreso, tanto sus afiliados como los legisladores que fueron auspiciados por la organización política formando parte de sus listas (Art. 11, inc. 3º, LOFL). La Constitución no se refiere a bloques legislativos, que incluso se pueden formar por la unión de dos o más organizaciones políticas dentro del Congreso (Art. 128 CE), sino a los partidos o movimientos individualmente considerados. En todo caso, determinándose así las mayorías se producen dos problemas, fundamentalmente:

1° Este problema lo hizo presente en clase el alumno Nicolás Solines Moreno, y que se refiere al caso de empate en el número de diputados entre dos o más partidos o movimientos. El problema es de difícil resolución, toda vez que el Código Político no plantea esta posibilidad. Si se determina, de cualquier forma, que a una de esas organizaciones políticas le corresponde la Presidencia, el problema se repetiría en los siguientes dos años, pues ninguna de esas organizaciones ostentaría la segunda mayoría, sino la primera, por lo que no se les podría otorgar la Presidencia en ese segundo período.

2° Los partidos pueden participar en las elecciones con listas propias o bien conformando alianzas con otras organizaciones políticas (Art. 71, letra b, LE) En este caso ¿a qué partido o movimiento se le asignan los diputados elegidos en alianza? Si el diputado elegido en una lista conformada por alianza era afiliado a una de las organizaciones políticas aliadas se le debería asignar ese partido o movimiento y no al otro; pero el predicamento subsiste en el caso del candidato auspiciado por la alianza y que no es afiliado o miembro de ninguna de esas organizaciones. Nada dice al respecto nuestra legislación.

La forma de determinar la base representativa para los segundos dos años se mantiene, esto es, se consideran los diputados que el partido o movimiento logró en las elecciones sin importar si algunos legisladores han sido expulsados o se han desafiado de la organización política (Art. 11, inc. 2°, LOFL). Del mismo modo, la forma de proponer las candidaturas se establece en la Ley Orgánica: *El bloque del partido o movimiento político, propondrá al respectivo candidato en cada caso y elección* (Art. 11, inc. 1°, LOFL). Como se ve, la proposición se limita a un candidato. La misma ley prevé que estos dignatarios deben ser elegidos *por mayoría absoluta de votos de los concurrentes* (Art. 11, inc. 7°, LOFL). Lo primero que se hace presente es que la *mayoría absoluta de votos de los concurrentes* no es mayoría absoluta (mitad más uno del total) sino, en realidad, simple mayoría (mitad más uno de los presentes). En ambos casos, existe la posibilidad de votar en contra de la candidatura, por lo que ésta podría ser rechazada al no obtener la mayoría requerida; en este caso al partido le correspondería proponer otro candidato, el mismo que también podría ser rechazado, llegándose al extremo de rechazar a todos los candidatos del partido, dejando en la imposibilidad aplicar los requerimientos del artículo 129 de la Constitución, es decir, que de la mayoría que corresponda no se pueda obtener al presidente o al primer vicepresidente de la legislatura.

El primer vicepresidente tiene por función subrogar temporalmente al Presidente del congreso en caso de ausencia temporal o definitiva de éste (Arts. 129, inc. 3°, CE y 18 LOFL). Si la ausencia es temporal, el reemplazo concluye cuando el titular retorna; si la ausencia es definitiva, el reemplazo termina cuando el Congreso designa nuevamente al titular de la mayoría correspondiente.

El segundo vicepresidente subroga temporalmente al Presidente en caso de ausencia simultánea de aquél y del primer vicepresidente, en los mismos términos que se indican en el párrafo anterior (Art. 19 LOFL).

La práctica constitucional de esta norma ha determinado su quiebre sucesivo: elegir como Presidente del Congreso a un legislador que ya no se encontraba dentro del

partido correspondiente y que determinó una Resolución del Tribunal Constitucional; un candidato que se autoproclamó, sin ser propuesto por su bloque, y que fue elegido presidente; un partido que, ostentando la primera mayoría no propone candidato.

A estas irregularidades se suman otras: un primer vicepresidente que asume como titular la Presidencia del Congreso sin ser diputado de la mayoría correspondiente, ocurriendo que la subrogación es sólo temporal; a este caso se agrega la de un primer vicepresidente que es titularizado en la presidencia porque el partido al que le correspondía no presentó candidato, con lo que no se logra determinar a quién reemplaza este dignatario si nunca existió ausencia temporal (enfermedad, licencia u otra causa que le impide transitoriamente al Presidente del Congreso ejercer el cargo, pues nunca fue elegido) o definitiva (muerte, renuncia, abandono, incapacidad permanente, etcétera). Del mismo modo, han existido segundos vicepresidentes que han asumido la primera vicepresidencia cuando no es función del primero reemplazarle a este último, sino al Presidente en caso de que también falte el primer vicepresidente.

Esta práctica, a la que se pueden sumar otras irregularidades en el futuro, determina el abierto incumplimiento de la Constitución por parte de un órgano del poder público. En ese orden de cosas, ¿no sería conveniente derogar o reformar el Código Político en esta parte?

### Las comisiones legislativas

Para el cumplimiento de las atribuciones del Congreso, se conforman comisiones especializadas permanentes (Art. 134 CE), las que tienen por función primordial *estudiar e informar sobre los proyectos de ley relacionados con las materias de su especialización* (Art. 40 LOFL).

La Constitución deja a la ley la determinación del número, conformación y competencia de las comisiones, prohibiendo la creación de comisiones ocasionales. Ello porque con anterioridad era la Constitución la que señalaba las comisiones legislativas, que en principio fueron cuatro (Art. 60 CE 1978-79), llegando a cinco en la cuarta codificación (Art. 86). Al interior del Congreso se podían crear comisiones ocasionales, auxiliares y especiales.

En la vigente Ley Orgánica se prevén dieciocho Comisiones Especializadas Permanentes (Art. 30 LOFL),<sup>12</sup> a las que el Presidente del Congreso les remitirá los proyectos que les corresponda conocer, estudiar e informar, de acuerdo con la materia a la que se refiera cada uno de éstos (Art. 41 LOFL).

Las comisiones legislativas se integran por siete miembros principales y sus respectivos suplentes, que deben ser diputados principales, y que duran dos años en sus funciones con la posibilidad de ser reelegidos. Sólo las comisiones integradas por el presidente o los Vicepresidentes del Congreso se conforman de ocho miembros, pero estos dignatarios tienen voto dirimente en la respectiva comisión. (Art. 31 LOFL).

Al ser dieciocho las comisiones especializadas permanentes y al exigirse que sean conformadas por diputados principales, resulta que existirán diputados que serán, por lo menos, principales en una comisión y suplentes en dos, o bien titulares en dos y suplentes en una.

## Los períodos de sesiones

El Congreso Nacional se reúne en períodos ordinarios y extraordinarios de sesiones (Art. 5, inc. 1º, LOFL). En la codificación constitucional vigente se estableció que el Congreso sesiona de forma ordinaria y permanente todo el año, con dos recesos de un mes cada uno (Art. 132 CE), varían sustancialmente el sistema establecido en el texto original de la Constitución de 1978-79, texto en el que se señalaba que la legislatura debía sesionar desde el 10 de agosto por sesenta días improrrogables, luego de lo cual entraba en receso, pudiéndose convocar a período extraordinario de sesiones para conocer exclusivamente de los asuntos materia de la convocatoria (Arts. 59 y 64).

Durante el período ordinario de sesiones el Congreso Nacional puede ejercer a plenitud todas sus atribuciones, de conformidad con el orden del día que se elabore para cada sesión ordinaria, mientras que en el período extraordinario, como se dijo, se conocen *exclusivamente los asuntos específicos señalados en la convocatoria* (Arts. 133 CE y 5, inc. 2º, LOFL)

A período extraordinario de sesiones pueden convocar tanto el Presidente de la República como el Presidente del Congreso Nacional. El Presidente del Congreso Nacional puede realizar la convocatoria por propia iniciativa o a petición de las dos terceras partes de los legisladores (Arts. 133 CE y 6 LOFL). La petición de las dos terceras partes de los legisladores no puede ser rechazada por el Presidente del Congreso, toda vez que si la solicitud así formulada no tuviera carácter vinculante se vaciaría de contenido a esta disposición constitucional: el Presidente del Congreso puede rechazar esa petición tanto si es formulada por las dos terceras partes de los diputados como si la realizara uno de ellos, entonces ¿para qué el texto constitucional requiere a esta mayoría de congresistas para formularla?

La convocatoria a período extraordinario debe realizarse a través de *una publicación en los periódicos de mayor circulación en el país, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos* (Art. 6, inc. 1º, LOFL).

No puede convocarse a otro período extraordinario mientras no concluya el que se está llevando a cabo, salvo que se presenten las causales para dictarse el estado de emergencia nacional (Art. 5, inc. 3º, LOFL), en este caso, previamente calificado por las dos terceras partes de los diputados, el Presidente del Congreso debe clausurar el período extraordinario y convocar a uno nuevo de forma inmediata, sin que se requiera cumplir el plazo de veinticuatro horas de anticipación para que se instale (Art. 7 LOFL). Como se observa, la ley no requiere que se haya dictado el estado de emergencia por parte del Presidente de la República, sino que se presenten las causales para que ello ocurra (Art. 180 CE).

En todo caso, el Presidente del Congreso, previa decisión adoptada por simple mayoría, puede resolver la suspensión o clausura del período extraordinario (Art. 8 LOFL).

## La Comisión de Legislación y Codificación

Este órgano de la Función Legislativa fue creado en la codificación constitucional de 1998, teniendo un carácter netamente técnico y jurídico, tanto por su integración como

por sus atribuciones. De este modo, como se verá, la Comisión de Legislación y Codificación no se integra por diputados sino por miembros que deben tener formación jurídica, y si bien dentro de sus funciones está la de participar dentro del proceso de formación de la ley, no tiene competencia para decidir su aprobación.

Por tanto, nada tiene que ver la Comisión de Legislación y Codificación con otros órganos previstos en textos constitucionales pretéritos como son: la Comisión Permanente en la Constitución de 1843 (Art. 49 y siguientes) y la Comisión Legislativa Permanente en las Cartas de 1945 (Arts. 49 y siguientes) y 1967 (Arts. 139 y 141), asemejándose más a la Comisión Legislativa de la Constitución de 1946 (Arts. 77 y 78).

La única regulación que tiene este órgano es la que se prevé en la Constitución, ya que la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el Reglamento Interno de la Función Legislativa no hacen mención de éste.

### Integración

La Comisión de Legislación y Codificación se conforma por siete vocales, cada uno de los cuales cuenta con un comisionado suplente, los que son elegidos por el Congreso Nacional por mayoría absoluta de sus integrantes para un período de seis años con posibilidad de redesignación (Art. 138 CE).

Interesante resulta el establecimiento de renovaciones parciales, asunto conveniente y que no es común en las instituciones ecuatorianas: la Comisión de Legislación y Codificación se renueva cada tres años. Como los siete comisionados fueron elegidos en 1998 a todos les correspondía cumplir un período de seis años, por lo que, para hacer efectiva la norma constitucional, el constituyente incorporó al Código Político la vigésimo tercera disposición transitoria que ordenaba que: *Tres de los vocales de la Comisión de Legislación y Codificación, elegidos por primera vez luego de que entre en vigencia esta Constitución y escogidos por sorteo, cesarán en sus funciones al cumplirse tres años de su elección. El Congreso Nacional designará sus reemplazos por el período constitucional de seis años.* Con ello, en la actualidad, todos los comisionados deben cumplir su período completo de seis años permitiéndose la reseñada renovación parcial del órgano cada tres años.

Los requisitos para ser comisionado son los mismos que los previstos en la Constitución para magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Art. 138, inc. 3º, CE), es decir: ecuatoriano de origen y en goce de derechos políticos; mayor de cuarenta y cinco años; con título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas; y que haya ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de quince años, además de otros requisitos de idoneidad que fije la ley y que, por la no regulación legal del órgano, no están previstos actualmente. Como se observa, los requisitos para ser comisionado son mucho más exigentes que para ser diputado, en vista de la naturaleza de ambos órganos y las funciones que se les han asignado constitucionalmente: político el Congreso, técnico – jurídico la Comisión de Legislación y Codificación.

Similares incompatibilidades que a los legisladores señaló el constituyente para el caso de los comisionados, pues

no pueden *desempeñar ninguna otra función pública, privada o profesional, que les impida ejercer el cargo o que sea incompatible con las actividades para las que fueron designados, a excepción de la docencia universitaria* (Art. 138, inc. 2º, CE).

### Atribuciones

La Constitución señala tres atribuciones a la Comisión de Legislación y Codificación (Art. 139 CE):

#### Preparación de proyectos de ley

La Comisión de Legislación y Codificación tiene iniciativa legislativa, esto es, tiene competencia para presentar proyectos de ley (Art. 144, N° 4, CE), los que deben ser tramitados por el Congreso Nacional tal como ocurre con los que son propuestos por otros órganos del poder público que tienen iniciativa legislativa (Art. 159 CE). Por otra parte, el Congreso Nacional puede encargar a la Comisión de Legislación y Codificación la elaboración de proyectos de ley, caso en el cual su preparación no responde a una idea de legislar propia de la Comisión sino de la legislatura (Art. 157 CE). Además, la Comisión de Legislación y Codificación debe estudiar y conocer (tramitar) los proyectos de ley presentados al Congreso Nacional cuando así lo decide la legislatura (Art. 157 y 158 CE). Estos asuntos han sido materia de otro ensayo, por lo que no se tratarán aquí.<sup>13</sup>

#### Codificar leyes

La labor de codificar leyes implica la depuración o refundición de cuerpos normativos, es decir, dejar en el texto sólo las disposiciones normativas vigentes, excluyendo las que han sido derogadas o suprimidas, o que han sido objeto de reforma o modificación. Esta tarea, compleja de por sí dada la *marea legislativa* que ha afectado a nuestro ordenamiento jurídico con sucesivas reformas, modificaciones de

los textos reformados y supresiones de las reformas, con lo que llega a resultar difícil, en algunos casos, determinar cuál es la norma vigente, es de suma trascendencia, pues una codificación mal realizada puede afectar al sistema legal, excluyendo normas vigentes o incluyendo preceptos derogados o que fueron objeto de una reforma que no se consideró en la depuración del cuerpo normativo.<sup>14</sup>

En todo caso, la Comisión de Legislación y Codificación no tiene la última palabra en esta materia, pues los proyectos de codificación que prepara deben ser remitidos al Congreso Nacional donde los diputados pueden formular observaciones dentro del plazo de treinta días. Sólo en el evento que no existan discrepancias, es decir, si los legisladores no observan el proyecto en el plazo señalado, o si éstas se solucionan, la Comisión puede remitir el texto al Registro Oficial para su publicación y entrada en vigencia. En caso contrario, es facultad del Congreso solucionar estas discrepancias.

#### Recopilar y ordenar sistemáticamente la legislación ecuatoriana

Complicada tarea encargó el constituyente a la Comisión de Legislación y Codificación: en primer lugar debe recopilar la legislación ecuatoriana, es decir, encontrar todas las normas que tienen rango de ley (leyes orgánicas y ordinarias, decretos supremos y decretos leyes, fundamentalmente). Luego se deben ordenar esos cuerpos normativos por materias. La *marea legislativa* ha originado que sobre una misma materia existan diversos cuerpos normativos. Su recopilación y ordenamiento sistemático permitirá establecer la preeminencia de unos sobre otros, sea por el principio de competencia o por el principio de especialidad, para luego aplicar el principio de *lex posteriori* y las demás reglas relativas al efecto de la ley en el tiempo.

### Notas

1. Hernán Salgado Pesantes, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ilds, 1987, p. 48.
2. Los representantes funcionales eran designados por distintos estratos de la sociedad: universidades, profesores de los distintos niveles educativos, sociedades y academias científicas, trabajadores, comerciantes, campesinos, indígenas, fuerzas armadas, agricultores e industriales.
3. Vid. Registro Oficial N° 601 de 18 de octubre de 1983
4. Dicha reforma, publicada en el Registro Oficial N° 618 de 24 de enero de 1995 se motivó en el resultado de la consulta popular de 1994 en la que la ciudadanía se pronunció por la reelección de todas las dignidades de elección popular.
5. El monopolio partidista iniciado en la Constitución de 1967 se limitaba a establecer que solo los partidos políticos podían presentar candidaturas en elecciones pluripersonales. El monopolio absoluto se establece en el Código Político de 1978-79, en cuyo artículo 37 se señalaba que únicamente los partidos políticos reconocidos por la ley pueden presentar candidatos para una elección popular.
6. Vid. vgr., Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, tomo I, 5ª ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1991, p. 371 y siguientes.
7. Hernán Salgado Pesantes, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, cit., p. 26-27
8. La determinación de fechas se señala en los artículos 46 y 48 de la Ley de Elecciones.
9. Ello no ocurría en el texto original de la Constitución de 1978-79 en que esta incompatibilidad era absoluta, aunque se aplicaba exclusivamente durante el período de sesiones del Congreso (Art. 62).

**Notas**

10. Cfr. Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Abya – Yala, 2003, p. 140
11. Cuando se vota entre listas no quiere decir que el ciudadano vote más de una vez o que su voto se multiplique por tantos como cuantos candidatos prefiera el elector. Una cosa es que dentro de un voto se puedan preferir candidatos y otra muy distinta que cada preferencia implique un voto, lo que no ocurre.
12. La de lo Civil y Penal; de lo Laboral y Social; de lo Tributario, Fiscal y Bancario; de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial; de Gestión Pública y Universalización de la Seguridad Social; de Descentralización, Desconcentración y de Régimen Seccional; de Asuntos Constitucionales; de Fiscalización y Control Político; de Asuntos Internacionales y de Defensa Nacional; de Asuntos Amazónicos, Desarrollo Fronterizo y de Galápagos; de Defensa del Consumidor, del Usuario, del Productor y el Contribuyente; de la Mujer, el Niño, la Juventud y la Familia; de Salud, Medio Ambiente y Protección Ecológica; de Educación, Cultura y Deportes; de Derechos Humanos; la de Asuntos Indígenas y otras Etnias; de Asuntos Manabitas y, la de Desarrollo Urbano y Vivienda de Interés Social.
13. Vid. Rafael Oyarte Martínez, *Formación de la Ley*, en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 46, Quito, AED, 2003, p. 43-77. Este artículo también se encuentra publicado en *Temas Constitucionales*, *Revista del Tribunal Constitucional*, Año 1, N° 1, Quito, 2004, p. 35-58.
14. Tómese en cuenta que un error de codificación impidió la subrogación de la Vicepresidente de la República al Primer Mandatario que había sido cesado por el Congreso al ser declarado incapaz.

# Un trayecto de más de 170 años: La libertad de expresión en la Constitución ecuatoriana

Marena Briones Velastegui

Una vez dispuesta a concebir la escritura de estas ideas, una falta volvió a hacerse presente. Me hubiera encantado seguir otras pistas para cada texto constitucional: los debates legislativos que les dieron origen, los comentarios públicos que suscitaron o no suscitaron; las consideraciones de índole política que los hubieren rodeado; los conflictos jurídicos relacionados más relevantes que hubieren existido; y, si las hubo, las interpretaciones jurisprudenciales que hubieren ampliado o restringido sus significaciones. Esa tarea, sin embargo, no era posible de ser realizada. Ciento setenta y cuatro años de vida republicana<sup>1</sup> y dieciocho constituciones políticas<sup>2</sup> demandan muchísimo más tiempo y dedicación que aquellos destinados a cumplir oportunamente con este encargo. En ese caso, se hubiera tratado, más bien, de una larga y meticulosa investigación, que tal vez encuentre su realización en otras personas y en otros momentos.

Con esa curiosidad todavía a cuestas, el hecho es que a estas páginas he llegado con el siguiente acopio: un cuadro que recoge las normas relativas al derecho a la libre expresión, contenidas en cada una de las Constituciones ecuatorianas que tuvieron vigencia, incluida —como dato peculiar— la Constitución Quiteña de 1812; la revisión de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador o de su Presidencia; además de, como es obvio, la cosecha que proporcionan la revisión de realidades más o menos similares y la producción de reflexiones teóricas de variado cuño.

Al final y luego de compartir una aproximación en cierto modo histórica a base de los textos constitucionales, lo que me ha interesado es detenerme en la configuración que la actual Constitución Política ecuatoriana permite construir en torno al derecho a la libre expresión y, más en concreto, a ese derecho mayormente comprensivo que es el derecho a la comunicación. Esta es una época planetaria clave para un tema como ése y lo es, sin lugar a dudas, en el propio Ecuador. Para ejemplificar la primera afirmación, puede recordarse tanto las reacciones del Gobierno estadounidense<sup>3</sup> frente a la cobertura mediática vinculada con los dolorosos sucesos del 11 de septiembre de 2001 y con la actual ocupación iraquí; como el caso de Jayson Blair, el reportero del New York Times que *plagió textos de otros periódicos* y agencias de noticias, *inventó declaraciones y declarantes* y *alteró fotografías para hacer creer que había estado en lugares a los que nunca fue*.<sup>4</sup> Para ilustrar el caso ecuatoriano, las referencias están cercanas y a la mano: los distintos momentos de conflicto entre el actual Gobierno y los medios de comunicación social.<sup>5</sup>

## Un derecho humano fundamental<sup>6</sup>

Los años finales del siglo XVIII y las revoluciones liberales de las que ellos fueron testigos son señalados como el contexto a partir del cual la libertad de expresión inició su imparable estrellato como un derecho humano básico y universal. De allí en adelante, con el punto de arranque que constituyen la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia<sup>7</sup> (12 de julio de 1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>8</sup> (26 de agosto de 1789) hasta la primera mitad del siglo XX ocurren varios hechos sustanciales para el desarrollo de la libertad de expresión como derecho humano fundamental. Algunos de ellos, siguiendo a Azurmendi (1997) son los siguientes:

- La masificación de la prensa, gracias a los avances tecnológicos. Esto permitió el apareamiento de una *prensa popular diaria* y, por ende, el quiebre de los diarios como productos elitistas.
- El surgimiento de las primeras empresas periodísticas y, con ellas, del ámbito mercantil de la libertad de expresión y su consiguiente búsqueda de rendimiento económico.<sup>9</sup>
- El incremento de las agencias de noticias.<sup>10</sup>
- La ampliación de los contenidos y la diversificación de los temas tratados.
- La ubicación del periodista como elemento esencial del proceso informativo.
- La profesionalización del periodismo.
- La aparición de los primeros códigos de ética para el ejercicio del periodismo.
- En 1935, en Francia, la institucionalización de la *cláusula de conciencia*<sup>11</sup> y el planteamiento de que los periodistas pueden estar sujetos al *régimen salarial* (percibían sus honorarios como derechos de autor).

Como es posible observar, ese derecho amplio y universal que es la libertad de expresión ha estado muy fuertemente ligado a la existencia de los medios de comunicación y al ejercicio profesional de la comunicación. Esa circunstancia ha conllevado la percepción —diría que bastante generalizada— de que la *libertad de expresión* es un atributo exclusivo de los medios de comunicación. O, dicho de otra manera, de que hablar de *libertad de expresión* equivale a hablar de *libertad de prensa*.<sup>12</sup>

Una consecuencia que puede comprenderse, si se toma en cuenta que la libertad de expresión se realiza precisamente en el acto de hacer público lo que se piensa. Una consecuencia, sin embargo, también peligrosa, porque hace olvidar con demasiada frecuencia que la libertad de expresión es un derecho que pertenece a todos los seres humanos, sin exclusiones ni excepciones de ninguna clase; y que, por lo tanto, dicho derecho no se agota en el ámbito de los medios

de comunicación y los comunicadores sociales, ni su defensa puede construirse únicamente desde la perspectiva de dichos medios y comunicadores.

Si bien hubo antecedentes notables, desde la mitad del siglo XIX hasta estos días la piedra angular de lo antes aseverado fue puesta por uno de los instrumentos internacionales más importantes para la humanidad, surgido en un momento histórico significativo del siglo pasado: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas en 1948. Su artículo 19 afirma:

*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.*

Ese derecho, como todos los demás que contiene la Declaración, se sustentó en la convicción de que *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e ineludibles de todos los miembros de la familia humana; y en la constatación de que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad.*<sup>13</sup> Dos consideraciones a las que hay que volver cada vez que aparezca el riesgo de perder de vista que la libertad de expresión es un derecho esencial para la convivencia, cuyos titulares somos todos y cada uno de los habitantes de esta Tierra.

Justamente, frente a los textos de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la gran diferencia que la Declaración Universal de los Derechos Humanos le imprimió a la libertad de expresión fue la de señalar que dicha libertad incluye el derecho a investigar y recibir información y opiniones, además del de difundirlas, con lo que —como sostiene Azurmendi (1997)— se puso en evidencia que la libertad de expresión no es un derecho solo de *periodistas y empresas informativas*, sino que es un derecho de la persona humana; y que, consecuentemente, la tarea de informar cumple una función social. Aunque ciertamente vinculados, libertad de expresión, libertad de prensa y derecho a la información no son sinónimos. Una cuestión que podremos dilucidar mejor más adelante.

No han sido pocos los documentos internacionales que, con posterioridad a la Declaración, han ratificado la calidad intrínsecamente humana del derecho a la libertad de expresión y su vinculación con el derecho a la libertad de prensa y el denominado derecho a la información. Entre ellos, para muestra, los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>14</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>15</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>16</sup> la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos,<sup>17</sup> la Convención europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.<sup>18</sup>

Todos ellos, a los que se suman otros de diverso cariz y provenientes de diferentes organismos nacionales, regionales y mundiales —cada uno con su propia redacción— reiteran una y otra vez el carácter de insolubles que tienen la libertad de expresión y la condición socio-humana, y el extraordinario valor que la primera tiene para el desarrollo digno y pleno de los pueblos y de los individuos. Como los propios

documentos internacionales citados suelen señalarlo y como podremos apreciar a lo largo de las líneas siguientes, eso no significa que la libertad de expresión esté exenta de confrontarse con otros derechos tan humanos y tan fundamentales como ella misma.

## La gran primera historia

Contando con el auxilio del cuadro que recoge las dieciocho previsiones constitucionales que la libertad de expresión ha tenido efectivamente en el Ecuador, además de la contenida en la denominada Constitución Quiteña de 1812, pasemos a leer, entonces, la historia que dicho derecho tuvo hasta antes de la Constitución actualmente vigente —la de 1998—.

Para comenzar y como dato singular por la época en que fue concebida —inicios del siglo XIX, antes de que el Ecuador sea República— fijémonos en que ya el Pacto de sociedad y unión entre las provincias que forman el Estado de Quito —conocido como Constitución quiteña de 1812— declaró que *todo vecino o habitante en él de cualquier estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra*, con los únicos límites de que no sea en materia de religión, ni se atente contra las buenas costumbres. Una declaración amplia, que irá modificándose a lo largo de los más de ciento setenta años de vida republicana; y dos límites que, durante ese mismo tiempo, reaparecerán y desaparecerán en otras disposiciones constitucionales.

Dieciocho años después, la inauguración republicana del Ecuador trajo consigo también el reconocimiento explícito de la facultad de expresar y publicar libremente el pensamiento como una garantía constitucional y un derecho civil de todos los ciudadanos; y el de que dichas expresión y publicación podían hacerse por medio de la prensa. Las *buenas costumbres* a las que aludió el Pacto de 1812, en la primera Constitución ecuatoriana se transformaron en el respeto a *la decencia y moral pública*, todas ellas expresiones indudablemente cargadas de vaguedad, cuya interpretación no podía dejar de estar sujeta a las percepciones sociales que imperaban entonces y a las subjetividades de quienes las debían aplicar.

Pero, por otro lado, esta primera Constitución formal del Ecuador, dictada más de un siglo antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948),<sup>19</sup> incorporó un límite más al señalar que la libre expresión del pensamiento debe sujetarse a *la responsabilidad de la ley*, responsabilidad cuyo contenido concreto —dada la remisión que la disposición constitucional hacía— debía desarrollarse en otras leyes. El punto es que, con diferentes redacciones y con más o menos precisiones, ninguna de las siguientes constituciones suprimió la mención expresa a las responsabilidades legales que pudieren derivarse del ejercicio de la libre expresión del pensamiento.

Así tenemos, por ejemplo, que la Constitución de 1835 mantuvo casi intacta la disposición de 1830, aunque no se refirió a *todo ciudadano* como titular del derecho, sino a *todo ecuatoriano*; y que, en cambio, la de 1843, conocida como *Carta de la Esclavitud*, no sólo que cambió la titularidad a *todo individuo*, habló del *derecho a escribir, imprimir y publicar* los pensamientos y opiniones, e incorporó la ga-

rantía de la no censura previa; sino que, además, fue más específica al decir que el derecho a expresar libremente el pensamiento estaba sujeto a las restricciones y penas que estableciere la ley para impedir y castigar su abuso. Una variación constitucional a la que se le dio marcha atrás con las Constituciones de 1845 y 1852, que volvieron casi textualmente a la de 1835; con la Constitución de 1851, que, salvo por diferencias de forma y por la re-inclusión del respeto a la religión del Estado, conservó el tono de la de 1835; y con la Constitución de 1861, que, salvo también por contadas modificaciones formales y por la re-inclusión del respeto a la religión, mantuvo su texto como el de la de 1835.

Hasta aquí, en cierto modo, es posible considerar un primer eslabón constitucional de la libertad de expresión en el Ecuador, caracterizado por:

- La institucionalización jurídica del derecho a expresar libremente el pensamiento.
- La inclusión de la facultad de publicar lo que se piense por medio de la imprenta (entiéndase también *prensa*).
- La existencia de ciertos límites para la libertad de expresión y de ciertas responsabilidades derivadas de su ejercicio.
- Un primer acercamiento a la no censura previa.

A partir de la Constitución de 1869, conocida como *Carta Negra*, la configuración antes esbozada se reafirmó en ciertos aspectos y varió en otros. Esta Constitución recuperó la no censura previa, extendió el ejercicio del derecho a impresos y no impresos; insistió en el respeto a la religión, la moral y la decencia; señaló, esta vez, que *el que abusare de este derecho será castigado según las leyes y por los jueces comunes*; y declaró abolido el jurado de imprenta. En 1878, la norma pertinente garantizó a los ecuatorianos la libre expresión del pensamiento *de palabra o por la prensa*, retomó la sujeción a las responsabilidades legales y propugó que *Jamás podrá establecerse la censura o calificación previa de los escritos*. No incluyó los límites que contenía la de 1869. El texto original de la Constitución de 1884, en cambio, volvió a dichos límites, los incrementó con el respeto a la honra y los vinculó directamente con las responsabilidades legales.

Pero, además, el entonces Congreso Nacional, mediante ley interpretativa, estipuló expresamente que las responsabilidades mencionadas en el artículo correspondiente comprendían las *publicaciones que inciten o provoquen la rebelión contra el Gobierno, o estimulen la continuación de un trastorno o rebelión que hubiese estallado en cualquier punto de la República, o de una invasión que se preparase en el exterior*. El fundamento de tal interpretación fue que *todo lo que tiende al aniquilamiento de la Constitución, se considera como profundamente inmoral*. Un año más tarde, en 1887, y evidentemente para legitimar la interpretación que se había hecho, al artículo interpretado se le añadió un inciso que decía *Quedan sujetos a igual responsabilidad los que de palabra o por la prensa inciten a la rebelión o perturbación del orden constitucional*.

Tres años antes de terminar el siglo XIX y con casi setenta años de vida republicana a cuestas, el Ecuador tuvo su undécima Constitución, la de 1897. En cuanto a la libertad de expresión, esta Carta Magna no conservó las preocupaciones que la anterior había tenido a raíz de la interpretación legislativa. Tampoco mantuvo los límites relativos a la reli-

gión, la decencia, la moral y la honra; pero, sí la estipulación de que se trataba de un derecho sujeto a *la responsabilidad establecida por las leyes*. Junto con eso, por primera vez en uno de los textos constitucionales, se dispuso que *Un jurado especial conocerá las causas por infracciones cometidas por medio de la imprenta*. Lo que la Constitución de 1869 había declarado abolido; en esta ocasión, se reinstauraba con fuerza constitucional: el jurado de imprenta.

El nuevo siglo trajo otros vientos constitucionales para la libertad de expresión en el Ecuador. Podría decirse que con la Constitución de 1906 se inició otro periodo en el desarrollo de este derecho en el país, ahora cobijado por la denominación de *Garantías individuales y políticas*. La redacción -en esta ocasión no de un artículo en particular, sino de un ordinal dentro del artículo que contiene la enumeración de los derechos garantizados a los ecuatorianos- varía casi completamente en relación con todas las Constituciones anteriores y se caracteriza por lo escueto de su enunciación. Se garantiza *la libertad de pensamiento, expresado de palabra o por la prensa*. Como puede verse, la alusión a los medios de comunicación, comprendidos en el término *prensa*, mantiene su presencia casi permanente desde 1830. Sin embargo, por primera vez y en un segundo párrafo, aparece la expresa referencia constitucional a la *injuria*, la *calumnia* y el *insulto personal*, como límites para el ejercicio de la libertad de expresión, límites que podían ser acusados *en la forma y modo prescritos por las leyes* cuando hubieren sido cometidos *por escrito o por la prensa*.

Sobre la base anterior, la Constitución de 1929 amplió y precisó al mismo tiempo la configuración del derecho a la libertad de expresión. Ya no habló de libertad de pensamiento, sino de *libertad de opinión*, y de que esta podía expresarse de palabra, por escrito, por la prensa, por medio del dibujo o de cualquier otra manera. Al hacerlo, reconoció también que la prensa no es la única vía para la expresión del pensamiento. La injuria y la calumnia no desaparecieron como límites, ni dejaron de estar sujetas a *responsabilidad legal*; pero, adquirieron un mayor campo de realización: *en cualquier forma*, y una compañía adicional: *toda manifestación de carácter notoriamente inmoral*.

## La historia da un vuelco

No obstante la intención de identificar cortes en la historia constitucional revisada hasta el momento, no es sino con la Constitución de 1945 que realmente se produce un quiebre significativo en la concepción constitucional de la libertad de expresión. El Estado mantuvo su obligación de garantizar la *libertad de opinión*; pero, esta vez, por cualquier medio por el que se la pudiera expresar o difundir. Se consagró así el derecho universal a expresar el pensamiento sin ningún tipo de fronteras en las vías para hacerlo, lo que no significó que desaparecieran los límites de cara a otros derechos. Así, la injuria, la calumnia y *toda manifestación inmoral* se mantuvieron como tales y se sujetaron a las responsabilidades de ley.

Más allá de lo anterior, las innovaciones más destacables que esa Constitución introdujo fueron:

- La disposición de que la ley regulará el ejercicio del periodismo, *tomando en cuenta que éste tiene por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales y cons-*

tituye un servicio social acreedor al respeto y apoyo del Estado. Una proclama constitucional abierta sobre la función social de los medios de comunicación.

- La previsión de que los periodistas pueden incurrir en responsabilidades.
- La prohibición expresa de suspender o clausurar periódicos; de secuestrar imprentas o incautar publicaciones por delitos de prensa; de perseguir o encarcelar, por tales delitos, a redactores, colaboradores, expendedores, voceadores y demás trabajadores de la prensa, *a menos que se demuestre la responsabilidad de ellos en forma legal* (Esta última afirmación alude a lo señalado en el punto anterior).
- El establecimiento del derecho de rectificación: toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a que el mismo medio en el que se vertieron aseveraciones o imputaciones falsas contra ella las rectifique gratuitamente.

Se percibe ya el inicio de un esfuerzo constitucional por equilibrar de alguna manera las relaciones entre los medios de comunicación social y la ciudadanía, sin menoscabar a su vez el rol que dichos medios desempeñan como promotores de opinión pública<sup>20</sup> y mediadores de sentidos entre los diferentes actores sociales y entre el Gobierno y los ciudadanos y las ciudadanas.

Al año siguiente, el Ecuador hubo de estrenar una nueva Constitución, la de 1946, y con ella redujo las previsiones antes descritas. Desaparecieron el derecho de rectificación y la mención expresa a las responsabilidades que el ejercicio del periodismo podía acarrear; pero, mantuvo el reconocimiento de la función social de los medios de comunicación y el deber del Estado de respetar y apoyar dicha función. La libertad de opinión se convirtió nuevamente en *libertad de pensamiento*, retomó su referencia a *de palabra y por la prensa*, y añadió *o por otros medios de manifestarlo y difundirlo*.

Mientras en la Constitución de 1945, la injuria y la calumnia, junto con toda manifestación inmoral, fueron objeto de un párrafo propio, en el que simplemente se estipulaba que estaban sujetas a las responsabilidades de ley; en esta Constitución de 1946 formaron parte del mismo párrafo inicial y sometieron a la garantía constitucional a la condición de que las respectivas manifestaciones del pensamiento *no impliquen injuria, calumnia, insulto personal, sentido de inmoralidad o contrario a los intereses nacionales*, añadiendo que tales casos estarían sujetos *a las responsabilidades y los trámites que establezca la ley*. Esta redacción, en mi opinión, además de por las nuevas inclusiones limitantes, llevaba como consecuencia una mayor posibilidad de restricción al ejercicio del derecho a expresar libremente el pensamiento. Aunque la Constitución de 1946 eliminó las estipulaciones expresas sobre la responsabilidad en la que podían incurrir los periodistas, encontró otro modo, menos evidente y más amplio, de controlar el ejercicio del periodismo. Al mismo tiempo, sin embargo, libró a los medios de comunicación de la obligación de rectificar gratuitamente las aseveraciones o imputaciones falsas o calumniosas que en ellos se hubieren difundido.

Aproximadamente dos décadas más adelante, la Constitución de 1967 halló una fórmula para no elegir entre referirse a la *libertad de opinión* o a la *expresión del pensamiento*, e incluyó a las dos. Volvió a la alusión directa a los me-

dios de comunicación al decir *por cualquiera de los medios de comunicación colectiva*; y limitó el ejercicio agregando *siempre que se respeten la ley, la moral y la honra de las personas*. Es importante mencionar aquí que esta Constitución fue la primera en incluir, también como garantías constitucionales, el derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar, y el *derecho a la información y el libre acceso a sus fuentes, sin más limitaciones que la seguridad internacional del Estado y la vida privada de las personas*. En cuanto a la primera innovación, hasta antes lo que había existido eran otras normas constitucionales relativas a la presunción de inocencia y, junto con ella, al derecho a conservar la buena reputación. Sobre la segunda innovación, clave para la plena realización de la libertad de expresión y de la convivencia democrática, no había existido nada.

La Constitución de 1967 fue más contundente respecto de la función social de los medios de comunicación atribuyéndoselas como un deber. El segundo párrafo del número respectivo refuerza el vínculo inicial entre el derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento y los medios de comunicación; y, desde ese vínculo, conserva la previsión de que los medios *tienen por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales, y añade y la difusión de la cultura*. Una novedad aparece en esta Constitución: la alusión a publicaciones anónimas, para las que simplemente se remite a lo que establezcan las disposiciones legales. Por otra parte, retorna a la Constitución de 1945 y retoma dos figuras incluidas en ella. La primera, la prohibición de suspender, clausurar, secuestrar o incautar publicaciones, imprentas u otros medios de comunicación colectiva; así como la prohibición de perseguir o encarcelar a sus directores, redactores y demás trabajadores y auxiliares por delitos cometidos a través de los medios y salvo que exista resolución judicial. Y la segunda, el derecho de rectificación gratuita respecto de *aseveraciones o imputaciones falsas o calumniosas hechas por los medios de comunicación colectiva, con arreglo a la ley*.

Finalmente y antes de entrar al otro gran viraje histórico que hace la actual Constitución, nos encontramos con la Constitución de 1978,<sup>21</sup> que no se alejó mucho de la anterior al conservar la doble mención de libertad de opinión y libertad de expresión del pensamiento, aunque con la variación de *por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley*; al mantener el derecho de rectificación junto a esas libertades, pero con su propia impronta: *Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en su honra por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita, inmediata y proporcional*; y al preservar la garantía del derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar; pero, esta vez, añadiendo la buena reputación y que *La Ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona*.

Las peculiaridades más marcadas de la Constitución de 1978 fueron la inclusión del derecho de habeas data: el acceso de toda persona a los *documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos*; y del derecho —como usuarios y consumidores— de ser informados sobre el contenido y las ca-

racterísticas de los bienes y servicios; así como el establecimiento expreso de que el espectro electromagnético pertenece al *patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado*.

Sin duda alguna, el recorrido que acabamos de hacer no ha sido completo en cuanto a la extensión de temas que puede tratarse, ni exhaustivo en cuanto a la profundidad de los aspectos seleccionados. Sirve, sí –al menos, me parece a mí– para contar con una suerte de retrato de los rasgos constitucionales que caracterizaron a la libertad de expresión en el Ecuador hasta antes de 1998. Un retrato que, además, permite apreciar las constantes que dicha garantía constitucional ha tenido y los vaivenes a los que ha estado sujeta. Un retrato que también sienta bases para comprender la índole de los cambios conceptuales que la actual Constitución introdujo.

### El derecho a la comunicación

La sola impresión visual del espacio físico que, juntas, podrían ocupar hoy las disposiciones constitucionales correspondientes, en comparación con las contenidas en las anteriores Constituciones, es ya un indicio de la magnitud de la transformación que la *libertad de expresión* experimentó con el trabajo finalmente realizado por la Asamblea Nacional Constituyente<sup>22</sup> y entregado al país el 5 de junio de 1998. Un resultado del que –sospecho con suficientes indicios– aún no tenemos plena conciencia, y respecto del que –también sospecho con suficientes indicios– hay mucho temor de debatir y profundizar.

Por eso, antes de perfilar la faz que la Constitución vigente nos devuelve de la libertad de expresión como lo que efectivamente es, sobre todo en estos tiempos: un derecho humano fundamental a la comunicación, creo menester recordar lo siguiente:

- Es, en y con la comunicación, con todo lo que ella implica, que nos constituimos en sujetos individuales y sociales. No podemos ni siquiera imaginarnos fuera de la comunicación.
- Es, en y con la comunicación, que elaboramos nuestras significaciones personales y colectivas sobre nosotros mismos, los demás y el mundo.
- Toda comunicación es un proceso (codificaciones y decodificaciones constantes) y una negociación de sentidos<sup>23</sup> (el lenguaje tiene sus límites<sup>24</sup> y el conocimiento está sujeto a riesgos).<sup>25</sup>
- Es, por lo tanto, en y con la comunicación, que se gestan las posibilidades de deliberación, disenso y entendimiento, y de construcción de proyectos comunes, elementos fundamentales para una sociedad que se preste de democrática.
- Siguiendo la línea de los puntos anteriores, es claro que la comunicación social es un bien público.
- Con ese telón de fondo y como su propia denominación lo implica, la tarea que acometen los medios de comunicación masiva no es una tarea cualquiera: ser (además, se erigen como tales) espacios de mediación entre las diferentes perspectivas y los variados intereses sociales, políticos, económicos. quede claro que, de esta consideración y siempre que la pretensión no sea otra, estarían excluidos todos aquellos medios fundados para difundir una opción ideológica concreta o un interés particular

definido; por ejemplo, las publicaciones de un partido político, o las de una organización gremial o barrial.

- La índole trascendental de la tarea social que, en el sentido expresado en el punto anterior, asumen los medios y el poder que su carácter público-masivo les fue concediendo para la re-configuración de la realidad y la recreación de sentidos –especialmente, en el caso de la televisión– supone inevitablemente su responsabilidad social. Más cuando sus miembros son tan intérpretes de la realidad como cualquier otra persona y están tan sujetos a los límites del lenguaje y a los riesgos del conocimiento como cualquier otro ser humano.

Pues, bien, el derecho a la comunicación consagrado en la última Constitución ecuatoriana, lo hayan o no lo hayan sabido a ciencia cierta los asambleístas, en muy buena dosis descansa en los aspectos antes anotados. Incluso, si se revisa otra vez la historia constitucional esbozada líneas atrás, se podrá encontrar que, en mayor o en menor grado y con más o con menos rigor, desde siempre la libertad de expresión fue precautelada como un derecho humano fundamental precisamente por su esencial naturaleza comunicativa (¿podría hablarse de libertad de expresión sin comunicación?) y por su vínculo eterno e indisoluble con el pensamiento-lenguaje y, por ende, con nuestra conformación individual y social. Se podrá encontrar también que es tal su índole pública que, justamente por eso y con los vaivenes respectivos, los textos constitucionales no dejaron de revelar la tensión existente entre ella y otros derechos, entre ella y el poder político, entre ella y los medios de comunicación. Así como, hasta entonces, no pudieron obviar al menos la clarificación de que ella incluye no solo el derecho a su difusión y publicación, sino también el derecho a informar y a recibir información.

De aquí en adelante, entonces, con el auxilio de esquemas, porque no pretendo –no podría, tampoco– agotar en este espacio todo lo que cabe analizar, con cuatro guías conceptuales básicas, alrededor de cada una de las cuales y no sin cierta arbitrariedad aglutinaré varias normas,<sup>26</sup> pasaré revista al derecho a la comunicación, que es el que consagra el texto constitucional ecuatoriano vigente. Porque, como dijo Germán Rey,<sup>27</sup> en una intervención en Quito en marzo de 1998: *Decir información es remitir a transmisión, paso de señales, sobreestimación de los emisores, debilidad de la recepción*. En cambio: *Decir comunicación es referirse a la producción, circulación y apropiación social de sentidos, a prácticas que van más allá de los medios y se entroncan con las culturas, a procesos que rebasan suficientemente las idas y venidas de la información*. Hablar de comunicación es hablar de la vida misma.

#### Una democracia con ciudadanos

Si, como dice Francisco Laporta (1997) *La sociedad política de la democracia moderna es [por mi parte, agrego, o pretende ser] una sociedad deliberante y decisoria; es decir, una sociedad en la que los ciudadanos, mediante el uso público de su propia razón en libertad, desempeñan una función crucial en la determinación de la vida política*, la Constitución de 1998 se esmeró en ofrecer, a favor de esa pretensión, un andamiaje muchísimo más amplio y sólido que las anteriores Constituciones, al establecer como derechos plenamente garantizados el conjunto de los siguientes:

- La libertad de opinión y de expresión del pensamiento, en todas sus formas y a través de cualquier medio de comunicación.
- Las libertades de conciencia y de religión, expresadas individual o colectivamente, en público o en privado; y el derecho a practicar el culto que cada quien profese *con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad, la pluralidad, la seguridad y los derechos de los demás.*
- El derecho a guardar reserva sobre las convicciones políticas y religiosas.
- La libertad de enseñanza y cátedra.
- La libertad de las actividades científicas y tecnológicas.
- El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social, así como a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión. Este enunciado, además de con otros que no se mencionan a continuación, debe complementarse con:
  - La obligación del Estado de garantizar la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias.
  - La responsabilidad del Estado en la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones.
- El derecho a acceder a fuentes de información;<sup>28</sup> y a buscar, recibir, conocer y difundir información, que incluye la no reserva de la información que repose en archivos públicos, salvo en casos especiales *por razones de defensa nacional y por otras causas establecidas en la ley;* que no es otra cosa que el derecho de saber, se entiende sobre asuntos públicos o de interés general o colectivo, requisito sine qua non para un debate público vigoroso y, en consecuencia, para una democracia participativa y deliberativa.
- El derecho ciudadano a la consulta popular.<sup>29</sup>
- El derecho de las personas con discapacidad a comunicarse por formas alternativas como el sistema braille y la lengua de señas, entre otras.
- El derecho de toda persona de acceder a documentos, bancos de datos e informes sobre sí misma o sus bienes, que reposen en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito, y a solicitar, ante el funcionario respectivo, la actualización, rectificación, eliminación o anulación de dichos datos, cuando fueren errados o afectaren legítimamente sus derechos.

A partir de todas esas previsiones, que se conectan entre sí y con las que se recogerán en lo que sigue, la actual Constitución ecuatoriana instituyó el valor supremo de una comunicación pública libre para la construcción de una sociedad democrática. Así, queda asentado que el fundamento del hoy derecho a la comunicación, que supone la libertad de expresión del pensamiento, pero que no se reduce a ella, no sólo responde al interés legítimo de una titularidad individual, sino también al interés general de toda una sociedad, cuyo estatuto de ciudadanía pasa también y sustancialmente por la efectiva y eficaz puesta en práctica del pluralismo político, el pluralismo informativo y, en definitiva, del pluralismo comunicativo.

#### *Un derecho de doble vía*

Es de lamentar que, para el asunto que nos interesa, no hayamos podido encontrar desarrollos jurisprudenciales

ecuatorianos<sup>30</sup> que nutran la reflexión sobre las significaciones constitucionales que estamos esbozando en torno al derecho a la comunicación y, con él, en torno a la libertad de expresión. Habrá que pensar en poner en marcha una investigación completa, que incluya al Tribunal Constitucional y abarque por lo menos los últimos diez años, para llegar a una apreciación más certera sobre ese aporte.

El hecho es que, a falta de una producción nacional, vamos a recurrir a la Corte Constitucional de Colombia,<sup>31</sup> cuya Tercera Sala de Revisión, en sentencia expedida el 9 de septiembre de 1992 (T-512), dijo: *El de la información es un derecho de doble vía en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aún, como ya se dijo, las normas constitucionales tienden a calificar cuáles son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas (...) Lo cual significa, por lo tanto, que no siendo un derecho en un solo y exclusivo sentido, la confluencia de las dos vertientes, la procedente de quien emite informaciones y la alusiva a quien las recibe, cuyo derecho es tan valioso como el de aquél, se constituyen en el verdadero concepto del derecho a la información. En él aparece, desde su primera enunciación, una de sus limitantes: el derecho a informar llega hasta el punto en el cual principie a invadirse la esfera del derecho de la persona y la comunidad, no ya únicamente a recibir las informaciones sino a que ellas sean veraces e imparciales.*<sup>32</sup>

Además de cualquier otra reflexión que pueda estimular la parte de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana reproducida antes, el punto que quiero destacar en este acápite es que el ejercicio de la libertad de expresión, en su estrecha vinculación con el derecho a la información, no es tal sino contempla simultáneamente tanto el derecho a informar como el derecho a recibir información. Ambos son elementos clave del derecho a la comunicación; tienen sus ámbitos de autonomía, pero, al mismo tiempo, son complementarios e interdependientes entre sí, aunque a veces también se produzcan colisiones entre ellos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, según la revisión y la síntesis de Álvaro Rodríguez Bereijo (1997) permite acotar otras consideraciones interesantes sobre el mismo asunto: *Uno de los aspectos más polémicos de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos a la libertad de expresión ha sido el deslinde entre el derecho a la libre expresión y el de información. La libertad de expresión es el punto de partida de diversas libertades cuyo ejercicio no es posible sin aquélla... El Tribunal entendió en un primer momento que el derecho a la información era una manifestación o concreción del derecho a la libertad de expresión (STC 61/1981). Ahora bien, esa afirmación no significa que entre ambos derechos exista subordinación o identidad; cierto es que existe una conexión directa, pero ello no empece a que cada una de ellas tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente' (STC 165/1987). El constituyente quiso garantizar (formulando cada una de estas libertades en párrafos diferentes) un derecho a comunicar o recibir información veraz distinto a la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opi-*

niones, tanto en sus titulares y objeto, como en su contenido y estructura.

Como será posible darse cuenta, tanto la jurisprudencia constitucional colombiana como la española consideran sustancial reconocer y legitimar la circunstancia de que, especialmente en el ámbito público y como debería ser obvio, el derecho de información no es un derecho unilateral, sino un derecho esencialmente bilateral, o, como suele denominarse, un derecho de doble vía, que, por consiguiente, se realiza en el espacio de conexión entre quien difunde informaciones y quien las recibe. La Constitución ecuatoriana vigente, a su modo, responde a la misma concepción estableciendo que:

- Garantiza la búsqueda, recepción, conocimiento y difusión de información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, sobre acontecimientos de interés general y que preserve los valores de la comunidad, *especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales*.
- Garantiza la recepción de información adecuada y veraz sobre el contenido y las características de los bienes y servicios públicos y privados.
- Garantiza la cláusula de conciencia y el secreto profesional<sup>33</sup> a favor de periodistas, comunicadores sociales y emisores de opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación.

Es indispensable mencionar aquí que los adjetivos de *objetiva, veraz, plural y oportuna* que la Constitución que comentamos atribuye a la información garantizada han suscitado y seguramente continuarán suscitando resquemores, particularmente en los medios de comunicación social, e incluso han sido considerados como amenazas a la libertad de expresión. Pero, si nos situamos al otro lado de los medios de comunicación, dichos adjetivos recuperan un carácter evidentemente razonable. Y, con seguridad, ni los propios medios, ni los propios comunicadores sociales, en el rol de consumidores, dudarían en exigir, por ejemplo, que la publicidad informe verazmente sobre la calidad de los bienes y servicios que a través de ella se ofertan. No podemos, sin embargo, detenernos ahora en auscultar suficientemente esos adjetivos; pero, sí vale la pena recoger otra vez los aportes que a ese debate brindan la jurisprudencia constitucional colombiana y la española.

Dice Rodríguez Bereijo (1997): *La veracidad es, por de pronto, condición que viene contemplada por el propio artículo 20.1 de la Constitución [española] pero la precisión de qué debe entenderse por veracidad ha sido concretada por el Tribunal. La veracidad de la información no se identifica con la verdad material en el proceso penal ni con una realidad incontrovertible (STC 3/1997). Veracidad, en el sentido del artículo 20.1d, no significa que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada en juicio. Lo que el requisito de veracidad supone es que el informador tiene un especial deber de comprobar la realidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional... Información veraz significa, pues, información comprobada o contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa... El requisito constitucional de la veracidad no va dirigido, pues, tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información 'cuanto a*

*negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado...'* (STC 4/1996, igualmente SSTC 105/1990, 171/1990, 172/1990, 336/1993, 41/1994 y 139/1995).

Por su lado, la sentencia T512-92 de la Corte Constitucional colombiana, tal como la recoge Rey (1998), afirma que la información es *cierta* cuando ella dice la verdad, esto es, cuando ella tiene sustento en la realidad; *objetiva*, cuando su forma de transmisión o presentación no sea sesgada o tendenciosa o arbitraria; y *oportuna*, cuando entre los hechos y su publicación existe inmediatez, es decir, que no medie un lapso superior al necesario para producir técnicamente la información. Y, siguiendo también a Rey (1998), en la sentencia T332-93 la Corte Constitucional de Colombia señaló que es necesario entender que desde el punto de vista constitucional, tanto goza de garantías quien informa, cuyo derecho a ejercer su actividad sin obstáculos ha merecido especiales referencias en la Carta (artículos 20, 73, 74) como el conglomerado al cual se dirigen las informaciones, que puede exigir a medios y periodistas una información veraz e imparcial.

El tema recientemente introducido da pie para mucho más y el debate en torno a él continúa siendo un reto.<sup>34</sup> En el fondo, están la preocupación de los medios en torno a regulaciones sobre su actividad y el consiguiente riesgo de que la libertad de prensa y la libertad de expresión se vean amenazadas, y la preocupación de la ciudadanía frente al poder que indudablemente tienen los medios; dos preocupaciones que también se vinculan con el acápite siguiente.

#### *Función social, responsabilidad social*

Sostiene Félix Ortega (1997) que *lo que los medios crean es un espacio social de reflexión común en el que se fusionan los diversos intereses en conflicto... De modo que es en virtud de la comunicación mediática como se propician las bases tanto del consenso integrador cuanto del disenso que facilita los procesos de cambio; pero, que Lo que no posibilitan estos medios, en cambio, es la construcción de ámbitos institucionales autónomos. Esto es, llenan el déficit institucional de una sociedad civil escasamente articulada pero a condición de no devolverle el protagonismo a la propia sociedad. Porque el carácter contingente de lo mediáticamente público obliga a que el ciudadano les preste continua atención si quiere sentirse vinculado a la realidad social. Y añade que Los medios de comunicación, en sociedades que no se han dotado históricamente de instituciones integradoras, no encuentran competidores en sus acciones de modelado social. Son ellos los que ocupan la centralidad social; los que configuran la conciencia colectiva y se convierten en referentes permanentes a los que los sujetos vuelven una y otra vez con el objetivo de reconocerse, de encontrar la identidad común en la que creen participar.*

La cita –creo– nos viene a los ecuatorianos como anillo al dedo, aunque el análisis de Ortega tiene los ojos bien puestos en su propia España. Y es por eso que me ha parecido interesante traerla a estas páginas, aún a costa de no compartir otras reflexiones, igual o más sesudas, sobre el papel que desempeñan los medios de comunicación en nuestras sociedades y en nuestras vidas. No voy a adscribir a ninguna tesis absoluta sobre el poder de los medios; pero, sí a la de que, en el juego social de significaciones y senti-

dos en el que todos y todas participamos, ellos ejercen una extraordinaria influencia. La razón, para mí, es casi elemental: su capacidad de masificación y, en el caso de la televisión, la fuerza que ejerce la imagen como referente visual inmediato de la realidad: *ver para creer*.

De allí que la Constitución de 1998, además de lo incluido en el acápite anterior, haya previsto lo siguiente:

- Prohibir la publicidad que, por cualquier medio, promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política, y cuanto afecte a la dignidad del ser humano.
- Proteger los derechos de los consumidores, mediante la sanción a la información fraudulenta y la publicidad engañosa.
- Proteger a niños y adolescentes de la influencia de programas o mensajes nocivos y de programas que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, y la adopción de falsos valores.
- Establecer la participación de los medios de comunicación en los procesos educativos, en los de promoción cultural y en los de preservación de valores éticos.
- Establecer la colaboración de los medios de comunicación en la promoción de la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación *alimentaria* y nutricional de madres y niños, y en la salud sexual y *reproductiva*.
- Establecer la contribución de los medios de comunicación en el incentivo a la creatividad y a las actividades culturales en sus diversas manifestaciones.
- Limitar la publicidad electoral a los 45 días previos al cierre de la respectiva campaña.

La otra gran consideración que abona a favor del hecho de que los medios de comunicación, por muy empresas y negocios que sean, cumplen una función social es la singular circunstancia de que su materia prima y el producto que, en definitiva, también ofertan y venden es la comunicación, nada más y nada menos que un bien social, un bien público. Así queda claro en la Constitución de 1998, cuando establece que:

- Es facultad exclusiva del Estado la concesión de frecuencias electromagnéticas para difundir señales de radio, televisión y otros medios.
- Se prohíbe cualquier forma de acaparamiento, directo o indirecto, por parte del Estado o de particulares, de los medios de expresión y de comunicación social; y la transferencia de concesiones.

#### *La responsabilidad por las palabras*

El título de este acápite reproduce parte de una afirmación del conocido periodista Ryszard Kapuscinsky (1997), contenida en la siguiente cita y relativa al periodismo en Europa central y oriental: *Hoy abundan los periodistas que no entienden que la falta de censura no equivale a una libertad sin límites en lo que se escribe o dice, ni en cómo se escribe o dice. No entienden que nadie les ha eximido de la responsabilidad por las palabras [el subrayado es mío]*. Algo que los no periodistas también olvidamos con frecuencia y que, precisamente por tan universal desmemoria, de maneras diferentes está presente a lo largo de todas las discusiones contenidas en estas líneas, en especial en las dos secciones anteriores. Aquí, pues, no nos referiremos solamente a los medios de comunicación y a los comunicado-

res sociales, sino también a todos y todas, titulares plenos de un derecho de inmediato disfrute, como se califica a todos los derechos de libertad: la libertad de expresión, y del fundamental derecho humano a la comunicación.

Para continuar, volvamos a la jurisprudencia española y al acopio que de ella hace Rodríguez Bereijo (1997). Rodríguez dice que, en el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional español, a la confrontación entre la libertad de expresión y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, pueden distinguirse tres etapas. Una primera, entre 1981 y 1986, caracterizada por una elevada no admisión de demandas que invocaban la libertad de expresión frente a las condenas por delitos contra el honor o la intimidad. Una segunda, entre 1986 y 1987, en la que *empieza a exigirse una ponderación, al menos formal, entre la libertad de expresión y los límites* impuestos por los derechos antes señalados, con lo que la *jurisdicción constitucional comienza a revisar aquellas decisiones de la jurisdicción ordinaria en las que no existía una respuesta explícita frente a la invocación de la libertad de expresión como fundamento de una determinada conducta*. Y una tercera, a partir de 1988, marcada por el hecho de que la jurisprudencia constitucional *comienza a abandonar... la perspectiva formal de la existencia de una ponderación judicial para sustituirla por el control pleno, por el Tribunal Constitucional, de la actuación de los tribunales ordinarios*, quiebre en el que, según Rodríguez, fueron decisivos tres principios:

- *... el reconocimiento de que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, no representan sólo un límite a la libertad de expresión, sino que son, a su vez, derechos fundamentales proclamados en...*
- *La ponderación adecuada, esto es, una ponderación que respete la correcta valoración y definición constitucional de los derechos puestos en conflicto.*
- *El valor preferente de las libertades de expresión, que supuso El reconocimiento... de que la libertad de expresión significa 'el reconocimiento y la garantía de... la opinión pública libre'.*

Pero, continúa Rodríguez, después de eso, fue necesario ajustar el criterio; y, entonces, a partir de 1989, *Empezó a matizarse que 'valor preferente' no significa 'valor jerárquico' (SSTC 240/1990, 178/1993, 336/1993 y 42/1995), lo que permite, en caso de concurrencia de los derechos... un enfoque basado no en la jerarquía, sino en la delimitación del alcance de cada derecho en cada caso concreto... no se trata de que el Tribunal venga a decidir qué derecho va a prevalecer sobre otro, sino de determinar, en cada caso, si el derecho invocado se ha mantenido, en su ejercicio, dentro del ámbito constitucionalmente reconocido y protegido. Así, La veracidad y la relevancia pública de la noticia han sido elementos básicos para delimitar el contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de información; mientras que, en cuanto a la libertad de expresión, se ha considerado que, dado que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, ella no puede justificar, sin más, el empleo de expresiones insultantes que exceden el derecho a la crítica y son, pues, claramente atentatorias para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública (STC 336/1993, F.J. 6°).*

Si bien solamente en parte, las transcripciones antes efectuadas son un buen referente inicial para leer tanto algunas de las disposiciones constitucionales ecuatorianas actuales, referidas en los acápite anteriores, como las que establecen:

- Que toda persona *afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social* tendrá derecho a la rectificación correspondiente *en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica*. Es el derecho de rectificación.
- *El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar* y la protección legal al *nombre, la imagen y la voz de la persona*.
- La prohibición de utilizar información personal de terceros sobre sus creencias religiosas y filiación política o datos referentes a su salud y a su vida sexual. En este último caso, salvo *para satisfacer necesidades de atención médica*.
- La prohibición de transmitir *diligencias judiciales por los medios de comunicación* y la de su *grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores*.

Disposiciones a las que, como es lógico, en esta parte deben sumarse particularmente las relativas a la calidad de la información (veraz, objetiva, plural y oportuna, en el caso de la información en general; y adecuada y veraz, en el caso de la información sobre bienes y servicios, públicos y privados) así como todas aquellas que, de una u otra manera, en cuanto a la libertad de expresión y a la libertad de información, estipulen una frontera de respeto a los derechos de las demás personas o de la colectividad en general. Todos, asuntos sobre los cuales se ha escrito y discernido intensa y extensamente; y sobre los cuales hay, además, abundante jurisprudencia de otros países.

#### Para terminar

Este es un buen punto para señalar expresamente que he obviado comentar aspectos críticos en relación con los límites que rodean a la libertad de expresión y en relación con otras consideraciones cruciales y problemáticas sobre el derecho a la comunicación. No lo he hecho, no porque no me interesen o porque no me preocupen, que sí me interesan y me preocupan sobremanera; sino, simple y llanamente, porque el detalle de cada tema polémico no ha sido el objetivo de estas reflexiones. Un detalle que, por otra parte y por la extensión que supone, demanda en cada caso un tratamiento particular.

La actual Constitución ecuatoriana, como cualquier otra Constitución, de cualquier país del mundo, ni es ni puede ser perfecta. Suele ponerse como ejemplo de perfección a la viejísima Constitución de los Estados Unidos de América; pero, así mismo, suele soslayarse que dicha Constitución ha tenido alrededor de 20 enmiendas y suele omitirse la muy especial circunstancia de que el sistema anglosajón descansa fundamentalmente en los precedentes judiciales, un rasgo que hace de los textos legales escritos, incluida la Constitución, seres absolutamente vivientes gracias a las interpretaciones y argumentaciones –muy sesudas– que elaboran los administradores de justicia. Lo que acabo de decir no es una excusa para lo que haya que mejorar en la Constitución

Política de la República del Ecuador, ni para hacerle el quite a los debates que sean necesarios. Por el contrario, creo que el debate es indispensable, tanto como lo es encontrar las vías más equitativas para constituir a la ciudadanía y a los medios de comunicación en interlocutores activos y en interpelantes competentes. Todo, en aras de un Ecuador enrumbo hacia la solidificación de una democracia participativa y deliberante.

#### Bibliografía

- Azurmendi, Ana (1997): Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A.
- Badén, Guillermo (1991): Libertad de prensa, Buenos Aires, Abeledo Perrot S. A.E. e I.
- Blanks, Elizabeth (1997): Rights vs. Responsibilities. The Supreme Court and the Media, EEUU, Greenwood Press.
- Briones, Marena (2002): *La libertad de prensa y el derecho a la comunicación: Estudio comparado en el ámbito andino*, en Iuris Dictio, Febrero 2002, Año III, No. 5, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.
- Briones, Marena (2003): *De la libertad de expresión al derecho a la comunicación*, en Temas de Derecho Constitucional, Quito, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.
- Capseta, Joan (1998): La cláusula de conciencia periodística, Madrid, McGraw-Hill.
- Carrión, Fernando, y D. Wollrad (eds.) (1999): La ciudad, escenario de comunicación, Quito, FLACSO-Ecuador.
- Constitución Política del Ecuador: Registro Oficial # 1 del 11 de agosto de 1998; Fe de erratas en Registro Oficial # 6 del 18 de agosto de 1998; y Ley 2002-68 en Registro Oficial # 567 del 2 de mayo de 2002.
- Chiriboga, Galo y Rafael Quintero (eds.) (1998): Alcances y limitaciones de la reforma política en el Ecuador 1998, Quito, Asociación Americana de Juristas, Escuela de Sociología y Ciencias Políticas de la Universidad Central, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales y Proyecto Latinoamericano para Medios de Comunicación-Fundación Friedrich Ebert.
- de Vega, José Augusto (1998): Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación, Madrid, Editorial Universitas S.A.
- Exeni, José Luis (1998): Políticas de comunicación. Retos y señales para no renunciar a la utopía, La Paz, Plural Editores.
- Goldfarb, Ronald (1998): TV or not TV: Television, Justice and the Courts, New York y Londres, New York University Press.
- González, José Juan (2000 y 2002): Derecho de la comunicación, Barcelona, Editorial Ariel.
- Grandi, Roberto (1992): I mass media fra testo e con [edición castellana: Texto y contexto en los medios de comunicación, Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1995).
- ILANUD y Comisión de las Comunidades Europeas (1993): Justicia penal y libertad de prensa, [Ponencias

- producidas en el marco del proyecto *Justicia penal y libertad de prensa en Centroamérica y Panamá*], Costa Rica.
- Kapuscinski, Ryszard (1997): *El periodismo en Europa central y oriental*, en Claves de Razón Práctica No. 72, mayo 1997, págs. 8-12.
  - Laursen, John (1997): *La libertad de prensa*, en Claves de Razón Práctica No. 72, mayo 1997, págs. 49-52.
  - Martín-Barbero, Jesús (1998): De los medios a las mediaciones, Santafé de Bogotá, Convenio Andrés Bello.
  - Ministerio de Desarrollo Urbano y Secretaría Nacional de Participación Popular de Bolivia (1997): *Comunicación sin centro. Sueños y señas para descentralizar la comunicación... y democratizarla*, La Paz.
  - Morin, Edgar (1999): [Edición castellana en Ecuador, 2003] *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Quito, Santillana S.A.
  - Ortega, Félix (1997): *Del auge del periodismo*, en Claves de Razón Práctica No. 72, mayo 1997, págs. 53-58.
  - Pearson, Judy, Lynn Turner y W. Todd-Mancillas (1985): *Gender and Communication*, Dubuque, Wm. C. Brown Publishers [edición castellana: *Género y Comunicación*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1993].
  - Proyecto Latinoamericano para Medios de Comunicación (PROMEFES) (1997): *Mecanismos de regulación y normas éticas para los medios de comunicación*, Quito.
  - Ramonet, Ignacio (1998): [edición castellana]: *La tiranía de la comunicación*, Madrid, Editorial Debate S.A.
  - Rey, Germán (1997): *Nuevos contextos para un derecho en cambio* [ponencia presentada en Quito, marzo de 1998].
  - Rodríguez, Álvaro (1997): *La libertad de información en la jurisprudencia constitucional*, en Claves de Razón Práctica No. 72, mayo 1997, págs. 2-7.
  - Savater, Fernando (1999): *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Editorial Ariel S.A.
  - Salgado, Hernán (ed.) (1986): *Las reformas constitucionales de 1986*, Quito, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales y Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
  - Trabucco, Federico (1975): *Constituciones de la República del Ecuador*, Quito, Editorial Universidad, Universidad Central.
  - Zimmerling, Ruth (1993): *El mito de la opinión pública*, en Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa-14 (1993), Alicante, Universidad de Alicante.

### Notas

1. Desde 1830, en que el Ecuador nació como República y tuvo formalmente su primera Constitución, aunque el cuadro anexo incluye la Constitución quiteña de 1812.
2. No incluyo la Constitución de 1938, por cuanto no fue promulgada por el Ejecutivo y, por ende, no entró en vigencia.
3. Por ejemplo, sugiriré a los canales estadounidenses que se abstengan de retransmitir los fragmentos del video de Osama Bin Laden, que fueron originalmente difundidos por la emisora qatarí Al Jazeera; y, más recientemente, pidió a sus medios y a los del mundo que censuren las imágenes de los prisioneros de guerra norteamericanos presentados por la televisión iraquí.
4. El Universal: <http://www.blog.com.mx/archives/000779.php>  
Los hechos, admitidos por Blair, conllevaron también la renuncia del editor y del editor general del NYT. El 1 de mayo de 2004 se cumplió un año de la renuncia de Blair; pero, ese no fue el único caso de corrupción en la prensa de Estados Unidos durante los últimos doce meses: Rick Braga, otro periodista del Times, ganador del premio Pulitzer, tuvo que renunciar por usar excesivamente información recogida por colegas independientes sin darles el crédito que merecían. Más tarde, la Associated Press despidió a Christopher Newton, reportero, porque no fue posible verificar la existencia de más de 45 personas y organizaciones que él mencionó en artículos suyos. En abril de 2004, Los Angeles Times despidió a un fotógrafo enviado a Iraq, porque alteró electrónicamente una foto; y, finalmente, USA Today acusó a Jack Kelley, su corresponsal extranjero nominado a un Pulitzer, de *plagiador e inventor de historias*.
5. Dos titulares de El Universo sirven de apoyo: *Presidente arremete contra sus detractores políticos y los medios de comunicación*, aparecido el día 5 de abril de 2004; y *Discurso peligroso*, que corresponde al editorial del 7 de marzo de 2004, en el que se afirma: *Las acusaciones gratuitas que cada cierto tiempo hace el Presidente de la República contra los medios de comunicación en general, se repiten de tal forma que empiezan a configurar ya un discurso tedioso y aburrido...*
6. No voy a entrar en la distinción que suele hacerse entre *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. Me referiré al derecho a la libre expresión del pensamiento como un derecho humano fundamental.
7. El número 12 de dicha Declaración reza: *Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos.*

**Notas**

8. El artículo 11 de la Declaración dice: *La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre, todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley.*
9. Ana Azurmendi (1997) sostiene que este hecho tuvo un peso decisivo en el modo de entender cada uno de los elementos que intervienen en el hecho informativo, porque empezó la búsqueda de más lectores mediante contenidos de fácil aceptación, se tuvo al producto informativo como un valor más de mercado y la publicidad se convirtió en la principal fuente de ingresos; y, por otra parte, porque se empezó a considerar que la actividad periodística requiere ciertas autonomía y libertad, aunque integradas a la empresa bajo las características que esta tiene.
10. Azurmendi (1997) cita las agencias Havas en 1835, Wolff en 1849, Reuter en 1851 y la Associated Press en 1848.
11. En términos generales, la garantía de independencia intelectual y ética de los periodistas al interior del medio para el cual trabajan.
12. He desarrollado más este asunto en *La libertad de prensa y el derecho a la comunicación: Estudio comparado en el ámbito andino*, artículo publicado en la Revista Iuris Dictio del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (Febrero 2002, Año III, No. 5), y en *De la libertad de expresión al derecho a la comunicación*, artículo publicado en Temas de Derecho Constitucional (Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional, octubre de 2003).
13. Preámbulo de la Declaración. Recordemos que a la constitución de la Organización de las Naciones Unidas la precedieron dos guerras mundiales y la existencia de totalitarismos.
14. Aprobado en Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.
15. Adoptada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
16. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 por Estados miembros de la OEA.
17. Adoptada el 27 de junio de 1981 por Estados miembros de la Organización de Unidad Africana.
18. Adoptada 4 de noviembre de 1950 por Estados miembros del Consejo de Europa.
19. En su artículo 29 y refiriéndose a todos los derechos en ella consagrados, la Declaración establece:
  2. *En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*
  3. *Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*
20. Con todas las reservas que dicha expresión suscita. No vamos a discutir aquí si existe o no existe una opinión pública, ni vamos a discutir sobre las varias consideraciones conceptuales que se han vertido en torno a ella.
21. Esta Constitución fue objeto de varias reformas e interpretaciones y de cuatro codificaciones.
22. Recogí parte de esa historia en *Medios de comunicación y reforma constitucional*, publicado en Alcances y limitaciones de la reforma política en el Ecuador 1998. [Ver bibliografía].
23. Pearson, Judy, y otras (1993).
24. Para ilustrar esta afirmación, reparemos en las ambigüedades y vaguedades que caracterizan al lenguaje.
25. Sobre este punto y no obstante haber bibliografía abundante sobre la teoría del conocimiento, recomiendo Los siete saberes necesarios para la educación del futuro, de Edgar Morin (1993). [Ver bibliografía].
26. Algunas de dichas normas, con o sin variaciones relevantes, estuvieron contenidas ya en Constituciones anteriores; pero, en esta parte, no me detendré a señalarlo, ni estableceré comparaciones entre las actuales y las anteriores.
27. Profesor de la Maestría en Medios de Comunicación y de la especialización en Derecho de las Comunicaciones de la Universidad Javeriana; investigador y comunicador colombiano.

**Notas**

- 28 En el Suplemento del Registro Oficial # 337, del 18 de mayo de 2004, por primera vez en el Ecuador, se expidió la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- 29 Pueden solicitarla los ciudadanos en goce de sus derechos políticos, que representen el 8% del padrón electoral nacional, siempre que no sea sobre reformas constitucionales; y, en el caso de circunscripciones territoriales no nacionales, los que representen por lo menos el 20% del número de empadronados en la correspondiente circunscripción (Arts. 105 y 106 de la Constitución).
30. Para este trabajo revisé las Gacetas Judiciales desde septiembre de 1994 hasta agosto de 2000; y todas las resoluciones vinculadas con el tema que tratamos, expedidas por la Corte Suprema de Justicia antes y después de ser Tribunal de Casación, se originan en causas relativas al delito de injurias, en las que el análisis jurídico central gira sobre todo alrededor del *animus injuriandi* y de las disposiciones pertinentes del Código Penal. En las reflexiones contenidas en tales resoluciones no encontré que las disposiciones constitucionales hayan sido un claro y argumentado referente de ponderación para llegar a la conclusión correspondiente.
31. Uno de los contenidos constitucionales sobre el derecho a la comunicación, más cercano a los que actualmente se encuentran en la Constitución del Ecuador, es el de la Constitución colombiana, vigente desde 1991, esto es, antes de que se expida la última del Ecuador.
32. La cita ha sido tomada del texto escrito *Nuevos contextos para un derecho en cambio*, que corresponde a la intervención que Germán Rey tuvo en Quito en 1998, a la que aludimos antes.
33. La cláusula de conciencia es una protección contra las pretensiones de dueños y directores de los medios de imponer al comunicador una visión de la realidad o de constreñir su libertad de expresión y opinión. El secreto profesional, por su parte, busca proteger la identidad de las fuentes de las que se ha obtenido la información, para salvaguardar el derecho ciudadano a saber. Acerca de este último, Francisco Laporta (1997) señala que de lo que se trata es de *evitar que las fuentes por donde manan los datos que nos informan de algunos aspectos de la realidad no se cieguen, no se taponen a causa de potenciales represalias o controles sociales, jurídicos o políticos de cualquier tipo. Y sobre la primera dice que se trata de proteger que algunas informaciones u opiniones sobre aspectos de la realidad, cuyo vehículo es un informador o grupo de informadores, dejen de acceder al ámbito del discurso público, como consecuencia de un condicionamiento económico de carácter personal.*
34. Vale recordar aquí las citas 2 y 3 de este artículo.

## La libertad de expresión en las Constituciones ecuatorianas<sup>1</sup>

Constitución	Sección / Título / Capítulo	Artículo / Texto	Normas relacionadas
<b>Constitución quiteña de 1812<sup>2</sup></b> (Pacto solemne de sociedad y unión entre las provincias que forman el Estado de Quito, dictado por el Congreso Constituyente el 15 de febrero de 1812.)	Sección Primera: Del Estado de Quito y su representación nacional.	<b>Art. 20.-</b> El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él, y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, y civil: y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él de cualquier estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas y representaciones al Gobierno guardando sólo la moderación que es necesaria, para la conservación del buen orden.	
<b>Constitución de 1830</b> (Dictada por el Congreso Constituyente en Riobamba, el 11 de septiembre de 1830.)	<b>Título VIII:</b> De los derechos civiles y garantías.	<b>Art. 64.-</b> Todo ciudadano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose siempre a la responsabilidad de la ley.	
<b>Constitución de 1835</b> (Dada por la Convención reunida en Ambato el 30 de julio de 1835.)	<b>Título XI:</b> De las garantías.	<b>Art. 103.-</b> Todo ecuatoriano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose siempre a la responsabilidad de la ley.	<b>Art. 106.-</b> La correspondencia epistolar es inviolable: no podrán abrirse ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos, sino en los casos especialmente señalados por la ley.
<b>Constitución de 1843</b> <b>Conocida como Carta de la Esclavitud</b> (Dada por la Convención Nacional, en Quito el 31 de marzo de 1843.)	<b>Título XVII:</b> De los derechos y garantías de los ecuatorianos.	<b>Art. 87.-</b> Todo individuo residente en el Ecuador tiene el derecho de escribir, imprimir y publicar sus pensamientos y opiniones, sin necesidad de previa censura; sujetándose a las restricciones y penas que estableciere la ley para impedir y castigar su abuso.	<b>Art. 100.-</b> Es inviolable el secreto de las cartas: los empleados de la renta de correos serán responsables de la violación de esta garantía; fuera de los casos que prescriban las leyes. <b>Art. 101.-</b> Está prohibido el apoderamiento injusto de los papeles, y correspondencias de cualquier ecuatoriano. La ley determinará en qué casos, y con qué justificación, pueda procederse a ocuparlos.
<b>Constitución de 1845</b> (Dada por la Convención en Cuenca, el 3 de diciembre de 1845.)	<b>Título XI:</b> De las garantías.	<b>Art. 123.-</b> Todo ecuatoriano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose a la responsabilidad de las leyes.	<b>Art. 116.-</b> Todo ciudadano se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes. <b>Art. 130.-</b> La correspondencia epistolar es inviolable: no podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos de propiedad particular, sino en los casos especialmente señalados por la ley.

## La libertad de expresión en las Constituciones ecuatorianas<sup>1</sup>

Constitución	Sección / Título / Capítulo	Artículo / Texto	Normas relacionadas
<b>Constitución quiteña de 1812<sup>2</sup></b> (Pacto solemne de sociedad y unión entre las provincias que forman el Estado de Quito, dictado por el Congreso Constituyente el 15 de febrero de 1812.)	Sección Primera: Del Estado de Quito y su representación nacional.	<b>Art. 20.-</b> El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él, y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, y civil: y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él de cualquier estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas y representaciones al Gobierno guardando sólo la moderación que es necesaria, para la conservación del buen orden.	
<b>Constitución de 1830</b> (Dictada por el Congreso Constituyente en Riobamba, el 11 de septiembre de 1830.)	<b>Título VIII:</b> De los derechos civiles y garantías.	<b>Art. 64.-</b> Todo ciudadano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose siempre a la responsabilidad de la ley.	
<b>Constitución de 1835</b> (Dada por la Convención reunida en Ambato el 30 de julio de 1835.)	<b>Título XI:</b> De las garantías.	<b>Art. 103.-</b> Todo ecuatoriano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose siempre a la responsabilidad de la ley.	<b>Art. 106.-</b> La correspondencia epistolar es inviolable: no podrán abrirse ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos, sino en los casos especialmente señalados por la ley.
<b>Constitución de 1843</b> <b>Conocida como Carta de la Esclavitud</b> (Dada por la Convención Nacional, en Quito el 31 de marzo de 1843.)	<b>Título XVII:</b> De los derechos y garantías de los ecuatorianos.	<b>Art. 87.-</b> Todo individuo residente en el Ecuador tiene el derecho de escribir, imprimir y publicar sus pensamientos y opiniones, sin necesidad de previa censura; sujetándose a las restricciones y penas que estableciere la ley para impedir y castigar su abuso.	<b>Art. 100.-</b> Es inviolable el secreto de las cartas: los empleados de la renta de correos serán responsables de la violación de esta garantía; fuera de los casos que prescriban las leyes.  <b>Art. 101.-</b> Está prohibido el apoderamiento injusto de los papeles, y correspondencias de cualquier ecuatoriano. La ley determinará en qué casos, y con qué justificación, pueda procederse a ocuparlos.
<b>Constitución de 1845</b> (Dada por la Convención en Cuenca, el 3 de diciembre de 1845.)	<b>Título XI:</b> De las garantías.	<b>Art. 123.-</b> Todo ecuatoriano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose a la responsabilidad de las leyes.	<b>Art. 116.-</b> Todo ciudadano se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.  <b>Art. 130.-</b> La correspondencia epistolar es inviolable: no podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos de propiedad particular, sino en los casos especialmente señalados por la ley.

Constitución	Sección / Título / Capítulo	Artículo / Texto	Normas relacionadas
<b>Constitución de 1851</b> (Dada por la Convención reunida en Quito, el 25 de febrero de 1851.)	<b>Capítulo XIX:</b> De las garantías.	<b>Art. 110.-</b> Todo ecuatoriano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la imprenta, respetando la religión del Estado, la decencia y moral públicas, y sujetándose a la responsabilidad que determine la ley.	<b>Art. 120.-</b> Todo ecuatoriano tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.
<b>Constitución de 1852</b> (Dada por la Convención reunida en Guayaquil, el 30 de agosto de 1852.)	<b>Título XI:</b> De las garantías.	<b>Art. 122.-</b> Todo ecuatoriano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose a la responsabilidad de las leyes.	<b>Art. 115.-</b> Todo ciudadano se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.  <b>Art. 129.-</b> La correspondencia epistolar es inviolable: no podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos de propiedad particular, sino en los casos especialmente señalados por la ley.
<b>Constitución de 1861</b> (Dada por la Convención reunida en Quito, el 10 de marzo de 1861.)	<b>Título XI:</b> De las garantías.	<b>Art. 117.-</b> Todo ecuatoriano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la religión, la decencia y la moral pública, y sujetándose a la responsabilidad que impongan las leyes.	<b>Art. 110.-</b> Todo individuo se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.  <b>Art. 122.-</b> La correspondencia epistolar es inviolable y no hará fe en las causas sobre delitos políticos. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos de propiedad particular, sino en los casos señalados por la ley.
<b>Constitución de 1869.</b> <b>Conocida como Carta García-na o Carta Negra.</b> (Dada por la Convención Nacional en Quito, el 9 de junio de 1869.)	<b>Título XI:</b> De las garantías.	<b>Art. 102.-</b> Es libre la expresión del pensamiento, sin previa censura, por medio de la palabra o por escrito, sean o no impresos, con tal que se respete la religión, la moral y la decencia; pero el que abusare de este derecho será castigado según las leyes y por los jueces comunes, quedando abolido el jurado de imprenta.	<b>Art. 95.-</b> Todo individuo se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente, conforme a las leyes.  <b>Art. 107.-</b> La correspondencia epistolar es inviolable. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos de propiedad particular, sino en los casos señalados por la ley.
<b>Constitución de 1878</b> (Dada por la Asamblea Nacional en Ambato, el 31 de mayo de 1878.)	<b>Sección III:</b> De las garantías, del Título II: De los ecuatorianos, de sus deberes y derechos políticos.	<b>Art. 17.-</b> La Nación garantiza a los ecuatorianos: ... <b>8°.-</b> El derecho de expresar libremente sus pensamientos, de palabra o por la prensa, sujetándose a la responsabilidad que imponen las leyes. Jamás podrá establecerse la censura o calificación previa de los escritos; ...	<b>Art. 17.-</b> La Nación garantiza a los ecuatorianos: ... <b>3°.-</b> La inviolabilidad y secreto de la correspondencia y demás papeles, los que no pueden abrirse, interceptarse, ni registrarse sino en los casos señalados por la ley; ...

Constitución	Sección / Título / Capítulo	Artículo / Texto	Normas relacionadas
<p><b>Constitución de 1884</b> (Dada por la Convención reunida en Quito, el 4 de febrero de 1884.)</p>	<p><b>Título IV:</b> De las garantías.</p>	<p>Art. 28.- Todos pueden expresar libremente sus pensamientos de palabra o por la prensa, respetando la Religión, la decencia, la moral y la honra, y sujetándose, en estos casos, a la responsabilidad legal.</p> <p><b>Ley reformativa de varios artículos de la Constitución de 1884, dictada por el Congreso Nacional el 25 de julio de 1887:</b></p> <p>Art. 28.- Todos pueden expresar libremente sus pensamientos de palabra o por la prensa, respetando la Religión, la decencia, la moral y la honra y sujetándose, en caso de infracción, a la responsabilidad legal.</p> <p><b>Quedan sujetos a igual responsabilidad los que de palabra o por la prensa inciten a la rebelión o perturbación del orden constitucional.</b></p>	<p><b>Ley interpretativa del Art. 28, dictada por el Congreso de la República el 10 de julio de 1886:</b></p> <p>Art. Único.- Las publicaciones que inciten o provoquen la rebelión contra el Gobierno constituido, o que estimulen la continuación de un trastorno o rebelión que hubiese estallado en cualquier punto de la República, o de una invasión que se preparase en el exterior, están comprendidas en las restricciones y responsabilidades en el Art. 28 de la Constitución, porque todo lo que tiende al aniquilamiento de la Constitución, se considera como profundamente inmoral.</p> <p>-- o --</p> <p>Art. 15.- Todo individuo tiene derecho a que se le presuma inocente, y a conservar su buena reputación, mientras no se le declare culpado conforme a las leyes.</p> <p>Art. 31.- La correspondencia epistolar es inviolable, y no hará fe en las causas por infracciones políticas. Prohíbese interceptar, abrir o registrar papeles o efectos de propiedad privada, excepto en los casos que la Ley señala.</p>
<p><b>Constitución de 1897</b> (Dada por la Asamblea Nacional en Quito, el 12 de enero de 1897.)</p>	<p><b>Título IV:</b> De las garantías.</p>	<p>Art. 32.- Todos pueden expresar libremente su pensamiento, de palabra o por la prensa, sujetándose a la responsabilidad establecida por las leyes. Un Jurado especial conocerá las causas por infracciones cometidas por medio de la imprenta.</p>	<p>Art. 13.- El Estado respeta las creencias religiosas de los habitantes del Ecuador y hará respetar las manifestaciones de aquéllas. Las creencias religiosas no obstan para el ejercicio de los derechos políticos y civiles.</p> <p>Art. 19.- La correspondencia epistolar y telegráfica es inviolable, y no hace fe en las causas por infracciones políticas. Prohíbese abrir o registrar papeles o efectos de propiedad privada, excepto en los casos señalados por la ley.</p>
<p><b>Constitución de 1906</b> (Dada por la Asamblea Nacional en Quito, el 23 de diciembre de 1906.)</p>	<p><b>Título VI:</b> De las garantías individuales y políticas.</p>	<p>Art. 26.- El Estado garantiza a los ecuatorianos:</p> <p>...</p> <p>15°.- La libertad de pensamiento, expresado de palabra o por la prensa.</p> <p>La injuria y la calumnia, lo mismo que el insulto personal en su caso, por escrito o por la prensa, podrán ser acusados en la forma y modo prescritos por las leyes;</p> <p>...</p>	<p>Art. 26.- El Estado garantiza a los ecuatorianos:</p> <p>...</p> <p>2°.- El derecho de que se presuma inocente a un individuo, y de conservar su buena reputación, mientras no se le declare culpado, conforme a las leyes;</p> <p>3°.- La libertad de conciencia en todos sus aspectos y manifestaciones, en tanto que éstas no sean contrarias a la moral y al orden público;</p> <p>...</p> <p>9°.- La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica, la cual no hará fe en las causas políticas. En consecuencia, prohíbese interceptar, abrir o registrar papeles o efectos de propiedad privada, excepto en los casos señalados por la ley;</p>

Constitución	Sección / Título / Capítulo	Artículo / Texto	Normas relacionadas
<p><b>Constitución de 1929</b> (Dada por la Convención Nacional, reunida en Quito, y publicada en el Registro Oficial # 138 del 26 de marzo de 1929.)</p>	<p><b>Título XIII:</b> De las garantías fundamentales, de la Parte Segunda.</p>	<p>Art. 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: ... 12. La libertad de opinión de palabra, por escrito, por la prensa, por medio de dibujo o de cualquier otra manera. La injuria y la calumnia, en cualquier forma y toda manifestación de carácter notoriamente inmoral, estarán sujetos a responsabilidad legal;</p>	<p>Art. 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: ... 3. El derecho a ser presumido inocente y de conservar honor y buena reputación, mientras no haya declaración de culpabilidad, conforme a las leyes... ... 11. El secreto e inviolabilidad de la correspondencia epistolar, telegráfica y telefónica, la cual no hará fe en las causas por infracciones políticas. Prohíbese interceptar, abrir o registrar papeles, cartas, libros de comercio o efectos de propiedad privada, fuera de los casos expresamente señalados por la ley; ... 13. La libertad de conciencia, en todos sus aspectos y manifestaciones, en tanto que no sean contrarios a la moral o al orden públicos;</p>
<p><b>Constitución de 1938</b> (Dada por la Asamblea Constituyente en 1938.)</p>	<p>No fue promulgada por el Ejecutivo, quien disolvió la Asamblea Constituyente.</p>		
<p><b>Constitución de 1945</b> (Dada por la Asamblea Constituyente en Quito, el 5 de marzo de 1945.)</p>	<p><b>Sección 1:</b> De los derechos individuales, del Título XIII: De las garantías fundamentales.</p>	<p>Art. 141.- El Estado garantiza: ... 10°.- La libertad de opinión, cualquiera que fueren los medios de expresarla y difundirla. La injuria, la calumnia y toda manifestación inmoral están sujetas a las responsabilidades de ley. La ley regulará el ejercicio del periodismo, tomando en cuenta que éste tiene por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales y constituye un servicio social acreedor al respeto y apoyo del Estado. Establecerá también los medios de hacer efectivas las responsabilidades en que incurrieren los periodistas. Ninguna autoridad podrá suspender o clausurar periódicos ni, por delitos de prensa, secuestrar imprentas o incautar publicaciones. Tampoco se perseguirá o encarcelará, bajo pretexto de tales delitos, a los redactores, colaboradores, expendedores, voceadores y demás trabajadores de la prensa, a menos que se demuestre la responsabilidad de ellos en forma legal. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho, en la forma que la ley determine, a la rectificación gratuita de las aseveraciones o imputaciones falsas o calumniosas hechas por la prensa, por la radio o por cualquier otro medio de publicidad. Esta rectificación deberá hacerse en el mismo órgano en que se hicieron las imputaciones.</p>	<p>Art. 141.- El Estado garantiza: ... 3°.- El ser presumido inocente y conservar la honra y la buena reputación, mientras no haya declaración de responsabilidad conforme a las leyes... ... 9°.- El secreto e inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, la que no hará fe en las causas por delitos políticos. Prohíbese interceptar, abrir o registrar papeles, libros de comercio, cartas y demás documentos privados, fuera de los casos y en la forma que fije la ley. Se guardará reserva acerca de los asuntos ajenos al objeto del registro o examen. ... 11°.- La libertad de conciencia en todas sus manifestaciones, mientras no sean contrarias a la moral o al orden público. El Estado no reconoce religión oficial alguna. Todos pueden profesar la que a bien tengan. ... Art. 144.- Son libres la investigación científica, la creación artística y la expresión pública de sus resultados...</p>

Constitución	Sección / Título / Capítulo	Artículo / Texto	Normas relacionadas
<p><b>Constitución de 1946</b> (Dada por la Asamblea Nacional Constituyente en Quito, el 31 de diciembre de 1946.)</p>	<p><b>Sección II:</b> Garantías individuales comunes, del Título II: De las garantías, de la Parte Segunda: Normas de acción.</p>	<p>Art. 187.- El Estado garantiza a los habitantes del Ecuador: ... 11°.- La libertad de expresar el pensamiento, de palabra, por la prensa o por otros medios de manifestarlo y difundirlo, en cuanto estas manifestaciones no impliquen injuria, calumnia, insulto personal, sentido de inmoralidad o contrario a los intereses nacionales, actos que estarán sujetos a las responsabilidades y los trámites que establezca la Ley. La Ley regulará el ejercicio de esta libertad, tomando en cuenta que el periodismo tiene por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales y constituye un servicio social, acreedor al respeto y apoyo del Estado;</p>	<p>Art. 187.- El Estado garantiza a los habitantes del Ecuador: ... 2°.- El derecho de todo individuo a conservar su buena reputación y de que se le presuma inocente, mientras no se le declare culpable conforme a las leyes; ... 7°.- La inviolabilidad de la correspondencia postal o de cualquiera otra clase. En consecuencia, prohíbese interceptar, abrir o registrar la correspondencia ajena, excepto en los casos señalados por la Ley</p>
<p><b>Constitución de 1967</b> (Dada por la Asamblea Nacional Constituyente en Quito, el 25 de mayo de 1967.)</p>	<p><b>Capítulo II:</b> De los derechos de las personas, del Título IV: De los derechos, deberes y garantías.</p>	<p>Art. 28.- Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: ... 5°.- La libertad de opinión y la de expresión del pensamiento por cualquiera de los medios de comunicación colectiva, siempre que se respeten la ley, la moral y la honra de las personas. Este derecho se ejercerá tomando en cuenta que los medios de comunicación colectiva tienen por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales y la difusión de la cultura, y que deben constituir un servicio social acreedor al respeto del Estado. Ninguna autoridad o funcionario podrá suspender, clausurar, secuestrar o incautar publicaciones, imprentas u otros medios de comunicación colectiva. Tampoco se perseguirá o encarcelará, a pretexto de delitos cometidos por dichos medios, a sus directores, redactores y demás trabajadores y auxiliares, salvo resolución judicial. En cuanto a las publicaciones anónimas, se estará a las disposiciones legales. Toda personal natural o jurídica tiene derecho, con arreglo a la ley, a la rectificación gratuita de las aseveraciones o imputaciones falsas o calumniosas hechas por los medios de comunicación colectiva.</p>	<p>Art. 28.- Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: ... 4°.- El derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar. ... 7°.- El derecho a la información y el libre acceso a sus fuentes, sin más limitaciones que la seguridad internacional del Estado y la vida privada de las personas. 8°.- La libertad de creencia religiosa y de culto, individual o colectivo, en público o en privado; ... 10°.- La inviolabilidad de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones telegráficas y telefónicas. Prohíbese abrir o registrar papeles, libros de comercio, cartas y más documentos privados, fuera de los casos y en la forma que la ley determine. Se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del registro o examen. Los documentos obtenidos con violación de esta garantía no harán fe en juicio; ... Art. 75.- La ley garantiza a los partidos políticos los medios de comunicación colectiva para la difusión de sus programas...</p>

Constitución	Sección / Título / Capítulo	Artículo / Texto	Normas relacionadas
<p><b>Constitución de 1978</b> (Aprobada mediante referéndum el 15 de enero de 1978; vigente desde el 10 de agosto de 1979, junto con la posesión presidencial.)</p>	<p>Sección I: De los derechos de las personas, Título II: De los derechos, deberes y garantías.</p>	<p>Art. 19.- Toda persona goza de las siguientes garantías: ... 2. El derecho a la libertad de opinión y a la expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal, por los abusos que se incurra en su ejercicio, de conformidad con lo previsto en la ley; en cuyo caso, los representantes de los medios de comunicación social no están amparados por inmunidad o fuero especial;</p>	<p>Art. 19.- Toda persona goza de las siguientes garantías: ... 3.- El derecho al honor y a la buena reputación. Toda persona que fuere afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor, por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tiene derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita; ... 5°.- La libertad de conciencia y la de religión, en forma individual o colectiva, en público o privado. Las personas practican libremente el culto que profesen, con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger la seguridad, la moral pública o los derechos fundamentales de las demás personas; ... 7°.- La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Solo puede ser ocupada, abierta y examinada en los casos previstos por la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motivare su examen. El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas, cablegráficas y telefónicas. Los documentos obtenidos con violación a esta garantía no hacen fe en juicio.</p>
<p><b>Constitución de 1998</b> (Dada por la Asamblea Nacional Constituyente en Riobamba, el 5 de junio de 1998; publicada en el Registro Oficial # 1 del 11 de agosto de 1998.)</p>	<p><b>Capítulo 2:</b> De los derechos civiles, Título III: De los derechos, garantías y deberes.</p>	<p>Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: ... 9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley. La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica. 10. El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión. Art. 53.-... ... Se reconoce el derecho de las personas con discapacidad, a la comunicación por medio de formas alternativas, como la lengua de señas ecuatoriana para sordos, oralismo, el sistema Braille y otras.</p>	<p>Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: ... 7. El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características. 8. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona. ... 11. La libertad de conciencia; la libertad de religión, expresada en forma individual y colectiva, en público o en privado. Las personas practicarán libremente el culto que profesen, con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad, la pluralidad, la seguridad y los derechos de los demás. ... 13. La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Esta sólo podrá ser retenida, abierta y examinada en los casos previstos en la ley. Se guardará el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. El mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación. ... 21. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas... En ningún caso se podrá utilizar la información personal de terceros sobre sus creencias religiosas y filiación política, ni sobre datos referentes a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica. ...</p>

Constitución	Sección / Título / Capítulo	Artículo / Texto	Normas relacionadas
		<p>Art. 81.- El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.</p> <p>Asimismo, garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emitan opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación.</p> <p>No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley.</p> <p>Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos, de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y limitaciones de su participación.</p> <p>Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano.</p>	<p>Art. 49.- Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad.</p> <p>...</p> <p>El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley.</p> <p>Art. 50.- El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías:</p> <p>...</p> <p>7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores.</p> <p>Art. 116.-...</p> <p>La publicidad electoral a través de los medios de comunicación colectiva, solo podrá realizarse durante los cuarenta y cinco días inmediatamente anteriores a la fecha de cierre de la campaña electoral.</p> <p>La ley sancionará el incumplimiento de estas disposiciones.</p> <p>Art. 195.- Salvo los casos expresamente señalados por la ley, los juicios serán públicos, pero los tribunales podrán deliberar reservadamente. No se admitirá la transmisión de las diligencias judiciales por los medios de comunicación, ni su grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores.</p> <p>Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:</p> <p>...</p> <p>8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa...</p> <p>Art. 247.- ...</p> <p>Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social.</p>

### Notas

1. Cuadro elaborado a base de las siguientes obras: Constituciones de la República del Ecuador, de Federico Trabucco, Universidad Central, Editorial Universitaria, Quito, 1975; Derecho Constitucional Ecuatoriano, de Juan Larrea Holguín, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1981; Las reformas constitucionales de 1986, varios autores [Editor: Hernán Salgado], ILDIS y Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Quito, 1986; y LEXIS, programa informático de Ediciones Legales.
2. Si bien el Ecuador no se constituye formalmente como Estado hasta 1830, el Pacto de 1812 constituye un antecedente importante para la historia constitucional del país.

**SECCIÓN LIBRE****DAVID SPERBER**

La posición jurídica del titular de la marca registrada en España y la Comunidad Económica Europea

**JORGE LUIS COLLANTES**

Crímenes de Derecho Internacional y la justicia penal de los Estados

**JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ**

Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo

**MARTA GONZALO QUIROGA**

Planteamiento jurídico de la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial de los ciudadanos ecuatorianos en España

**MARÍA PAULA ROMO**

Justicia y sociedad civil

**FABIÁN CORRAL B.**

La prensa, entre el espectáculo y la verdad

# La posición jurídica del titular de la marca registrada en España y la Comunidad Económica Europea

David A. Sperber

## Introducción.

¿Qué hace una marca? ¿Por qué es importante el estudio de las marcas y los nombres comerciales? Por varias razones las marcas y los nombres comerciales tienen cada vez mayor trascendencia en la vida cotidiana de las personas y de los negocios:<sup>1</sup> tan solo en Ecuador se han registrado casi cien mil marcas en 12 años.<sup>2</sup> La Internet, la televisión por satélite, la publicidad global entre otros factores han permitido una mayor internacionalización de los productos y servicios. El mundo del siglo XXI -caracterizado por una neoeconomía de mercado- mantiene varias exigencias en el comercio internacional y requiere de una mayor protección de los bienes producidos y comercializados. Esto ha conllevado a un mayor desarrollo en el ámbito jurídico de la posición del titular de la marca registrada, reflejado con la promulgación de la nueva Ley española de Marcas de 2001 (LM 17/2001), y por convenios mundiales como las rondas del GATT, los ADPIC, la OMC y la OMPI. En el marco de la Comunidad Andina (CA) encontramos la Decisión 486 sobre el *Régimen Común sobre Propiedad Industrial*<sup>3</sup> y la referencia específica sobre marcas en el artículo 55 del Acuerdo de Cartagena.

De acuerdo con Landes y Posner<sup>4</sup> una marca registrada tiene como finalidad: (a) identificar la procedencia de un producto o de un servicio; (b) otorgar información substancial a los consumidores; (c) incrementar el atractivo de un producto a través de imágenes, sonidos, apariencia o connotación; (d) generalizar el prestigio de un producto o de un servicio; (e) moldear las preferencias y actitud de los consumidores; (f) generar memoria mnemónica; y, (g) promover temas de conversación, de sátira y nuevo vocabulario como canon, kodak, google, yahoo, etc. A su vez la *teoría de la información de consumidores* considera que todos los mencionados factores por Landes y Posner incentivan una mejora de los propios productos y servicios. Es inexcusable la posición de dicha teoría de la información ya que las marcas reducen costes de transacción, en especial el tiempo de búsqueda y memorizarlos (memoria mnemónica), al asistir con más información para las decisiones de los consumidores.

El derecho exclusivo sobre la marca forja efectos positivos en el mercado ya que ayudan a los consumidores a tomar decisiones con mayor información, y presiona a los productores a mejorar la calidad de sus bienes y servicios para que se distingan unos de otros.<sup>5</sup> En especial, las marcas sobre bienes y servicios tienen mayor valor cuando éstos son difíciles de inspeccionar (como un televisor, electrodomésticos, ordenadores, automóviles, etc.), donde los costes de equivocación son elevados y los compradores no repiten

las compras fútiles; cooperando a que los consumidores generen ahorro. No todo es positivo por cuanto: (a) las marcas provocan un incremento de sus precios; (b) *confiere poder de mercado a su propietario*;<sup>6</sup> (c) amenazan la competencia y algunos productores no pueden ingresar en el mercado; y, (d) un pequeño grupo de personas y empresas moldean los conceptos, gustos y deseos de la sociedad;

Todo lo expuesto refleja la trascendencia del titular de la marca que presento a continuación.

## Teorías sobre la naturaleza jurídica de las marcas

El elemento determinante de la consolidación de la marca radica en su propia y especial naturaleza jurídica. Varias teorías explican su tratamiento jurídico y que puntualizo seguidamente:

### Derecho de la personalidad

El hombre tiene don de naturaleza personal, como el derecho al nombre, a la privacidad, a la buena fama, a la identidad, a la integridad personal, a la ciudadanía, etc. que gozan de amparo legal en caso de ser violentados. Derivado de esto, la primera teoría declara a la marca como una especie del derecho de personalidad;<sup>7</sup> donde la propiedad intelectual y la propiedad industrial tienen como propósito el crear las condiciones ineludibles para permitir a los seres humanos a que lleguen a realizar plenamente su potencial como personas.<sup>8</sup> Una consecuencia negativa de ésta teoría es que las marcas nunca se pueden llegar a transmitir a causa de no poder abandonar a su titular y, además, existen apenas durante la vida del mismo. Esto supone la aceptación de una serie de limitaciones incompatibles con la concepción del dominio ilimitado tradicional de las marcas. En la actualidad no puede admitirse que los derechos de la personalidad son inalienables e imprescriptibles, constituyentes que contradicen en absoluto el concepto de marca en el Derecho moderno. Además, la citada teoría olvida el aspecto patrimonial de los signos distintivos tan importante en el mundo empresarial.<sup>9</sup>

### Derecho de propiedad material

La segunda teoría sobre la naturaleza jurídica mantiene que el derecho de marca puede ser objeto de un derecho de propiedad, análogo a un derecho real. A partir de la Revolución Francesa los parlamentarios galos declararon positivamente la existencia de un derecho subjetivo natural pertene-

ciente al creador del invento, la marca o la obra; reconocimiento que se condiciona al cumplimiento de determinadas formalidades para cada caso. El derecho de propiedad se equipara al tradicional derecho de dominio que coteja su protección sobre un bien como un derecho inmediato y *erga omnes*; que es a su vez el concepto más tradicional de propiedad. Esta teoría se registra en el Estatuto Español de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929, al equiparar la marca con el término de *propiedad*. El Tribunal Supremo sostuvo en su sentencia de 1930 que la *propiedad industrial es una modalidad específica y jurídica del derecho de dominio*.<sup>10</sup> Hoy en día el derecho de dominio clásico sólo puede justificarse en el ámbito marcario como herencia histórica. Una marca no es un derecho de propiedad en el sentido ordinario de la palabra del Código Civil, porque está constituida como un derecho especial de propiedad inmaterial que sirve como un símbolo indicador del origen de un producto comercial que es parte inseparable del *goodwill* (reputación empresarial)<sup>11</sup> de la empresa o de su propietario; y se lo reconoce en exclusivo como un elemento más del negocio al que pertenece.<sup>12</sup>

### Derecho de propiedad inmaterial

La siguiente teoría, comúnmente aceptada en la actualidad, considera a la marca como un derecho de propiedad inmaterial;<sup>13</sup> aplicable a otros derechos similares como los derechos de autor. Las marcas son bienes de carácter inmaterial e intangible y por ende no son equiparables en su totalidad con los bienes materiales. La semejanza con los derechos de propiedad o de dominio es que son derechos inmediatos y *erga omnes*, y con los bienes inmuebles que requieren de inscripción o registro público para que el titular tenga pleno derecho sobre ellos (LM Arts. 2.1, 46.5). El artículo primero de la anterior Ley de Marcas española 32 de 1988 (ALM)<sup>14</sup> definía a la marca como *todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona de productos o servicios idénticos o similares de otra persona*. La vigente Ley de Marcas de 2001 en el artículo 4.1 entiende *por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras*. De ambos conceptos se desprende su punto cardinal. Se trata de un signo (ya no de un medio) que ha de tener una capacidad distintiva sobre productos o servicios, donde el signo no es algo tangible, por cuanto es inevitable para ser percibido la aparición de forma sensible o por medio de los sentidos; esto es, que se exteriorice en el producto o servicio que discrepa unos de otros.

#### Artículo 4. Concepto de marca

1. Se entiende por *marca* todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.
2. Tales signos podrán, en particular, ser:
  - a) Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas;
  - b) Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos;
  - c) Las letras, las cifras y sus combinaciones;
  - d) Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación;

- e) Los sonoros; y,
- f) Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.

### Otras teorías

En los países anglosajones o del *common law* también podemos encontrar otras teorías menos asentadas respecto de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, y que son: (a) Teoría Laboral de Locke (*Labor-desert*): donde una persona se merece una justa y merecida retribución por su creativo trabajo, ya sea diseñado o ejecutado. Una forma adecuada para reconocer la creatividad y esfuerzo sobre una cosa material o inmaterial es a través del otorgamiento de privilegios exclusivos o de monopolio; (b) Teoría Utilitaria (*Utilitarian*): hay que conceder derechos con la finalidad de generar incentivos para la creación e innovación que de otra forma no se llegarían a producir; (c) Teoría de Planificación Social (*Social Planning*): la propiedad intelectual e industrial debe ser concebida como un medio para lograr una sociedad más atractiva culturalmente y también justa.

### El derecho exclusivo sobre la marca

El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere -generalmente- por el registro válido efectuado conforme a lo establecido en el artículo segundo de la Ley de Marcas y el Reglamento sobre la Marca Comunitaria (RMC)<sup>15</sup> artículo sexto.

#### LM Artículo 2. Adquisición del derecho.

1. El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

#### RMC Artículo 6. Modo de adquisición de la marca comunitaria.

La marca comunitaria se adquiere por el registro.

Es decir que el principio del registro válidamente efectuado otorga a su propietario el legítimo uso y goce sobre el bien inmaterial. La propiedad del titular de la marca registrada es *erga omnes* y concede el derecho exclusivo para los productos y servicios para los que fueron inscritos de acuerdo al Arreglo de Niza (de 15 de junio de 1957 y sus respectivas modificaciones). Asimismo, las ventajas del registro son: (a) proporcionar una notificación a terceros del derecho exclusivo; (b) otorgar el derecho de prioridad (RMC Art. 29) y el denominado *Derecho de Prioridad Unionista* (LM Art. 14) declarando como uso legítimo de la marca registrada a nivel nacional, comunitario e internacional; (c) conferir el derecho a presentar acciones protectoras; (d) prueba a *prima facie* del uso exclusivo de la marca registrada en relación a los productos y servicios en sí especificados; y, (e) conceder la posterior incontestabilidad.

Los bienes inmateriales son bienes incorpóreos que necesitan exteriorizarse para poder ser percibidos; por este motivo se dice que son bienes que poseen una *huella personal*.<sup>16</sup> De aquí se desprende la necesidad del uso de las marcas registradas y de los nombres comerciales -la actividad del titular- para configurarse como un bien inmaterial. En el

proceso de formación se exige la utilización de la marca para que se plasme como *signo distintivo*.<sup>17</sup> El uso continuado de la marca es un requisito *sine qua non* ya que su desuso es sancionado con la caducidad, donde el *demandado podrá [...] ejercitar, por vía de reconvención, la acción de declaración de caducidad por falta de uso de la marca del actor*.<sup>18</sup> En resumen, el requisito del uso de la marca no sólo actuará como medio para evitar su caducidad, sino como elemento esencial generador de la propia marca.

El titular ejerce el señorío exclusivo sobre los productos y servicios con los que identifica la marca. El derecho de marca concretado en el artículo 34 de la LM y en el artículo 9 del RMC adjudica al propietario que terceros no utilicen otros signos idénticos o semejantes que generen confusión del público,<sup>19</sup> incluyéndose la confusión por asociación.<sup>20</sup> En base del artículo cuarto de la Directiva de Marcas (DM)<sup>21</sup> el criterio de riesgo de confusión, que comprende el riesgo de asociación con la marca anterior, debe interpretarse en el sentido de que la mera asociación entre dos marcas que el público podría hacer por medio de la concordancia en su contenido conceptual no basta, por sí sola, para deducir la existencia de un riesgo de confusión.<sup>22</sup>

#### Artículo 34. Derechos conferidos por la marca.

1. *El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico.*

2. *El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico:*

a) *Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.*

b) *Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.*

c) *Cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada.*

3. *Cuando se cumplan las condiciones enumeradas en el apartado anterior podrá prohibirse, en especial:*

a) *Poner el signo en los productos o en su presentación.*

b) *Ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos con esos fines u ofrecer o prestar servicios con el signo.*

c) *Importar o exportar los productos con el signo.*

d) *Utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad.*

e) *Usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio.*

f) *Poner el signo en envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio, elaborarlos o prestarlos, o fabricar, confeccionar, ofrecer, comercializar, importar, exportar*

*o almacenar cualquiera de esos medios incorporando el signo, si existe la posibilidad de que dichos medios puedan ser utilizados para realizar algún acto que conforme a las letras anteriores estaría prohibido.*

4. *El titular de una marca registrada podrá impedir que los comerciantes o distribuidores supriman dicha marca sin su expreso consentimiento, si bien no podrá impedir que añadan por separado marcas o signos distintivos propios, siempre que ello no menoscabe la distintividad de la marca principal.*

5. *Las disposiciones de este artículo se aplicarán a la marca no registrada notoriamente conocida en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París, salvo lo previsto en la letra c) del apartado 2.*

Los efectos del registro de la marca y de su solicitud están determinados en el artículo actual artículo 34 de la Ley de Marcas recoge de los derogados artículos 30, 31 y 32, entremezclando los conceptos que la Ley 88 mantenía claramente diferenciados. Precisamente, las potestades otorgadas al titular marcario quedan enumeradas en un sólo artículo donde se introducen las facultades positivas del titular. El más sencillo es el ordinal primero que es el uso exclusivo, y en los subsiguientes ordinales integra las facultades prohibitorias frente a terceros. Si bien la Ley de Marcas de 2001 en el punto c) elimina la posibilidad de prohibir el uso no autorizado del signo en productos que se encuentren en régimen aduanero de tránsito o depósito, este aspecto sí está cubierto en el artículo primero del Reglamento Comunitario<sup>23</sup> en cuanto a mercancías con usurpación de marca. En cuanto al ordinal tercero resultan iguales los cuatro primeros literales que ya recogía la derogada ley, introduciéndose dos novedades en sus literales e) y f). En el literal e) se reconoce la rápida popularización del acceso a internet y del comercio electrónico que ha hecho posible que por éste medio se filtre a la par el uso ilícito de los signos distintivos donde existe cierto vacío legal, en especial en los nombres de dominio o *domain names*;<sup>24</sup> una actualización considerable y oportuna como en un avance fundamental. El literal f) del artículo 34.3 y el ordinal segundo del mismo artículo amplían el *ius prohibendi* y permite la exclusividad frente a terceros del uso del signo, en especial: en productos o en presentaciones, en publicidad, en redes de comunicación telemáticas, como nombre de dominio, para importar o exportar productos con el signo, fabricar, comercializar o incorporar el signo físicamente en embalajes, envoltorios, etiquetas u otros medios de identificación que portando el signo sin la debida autorización del propietario, expresa o tácita, sean empleados de manera ilícita. Esta proscripción de exclusividad también protege al público-consumidores de error o confusión en cuanto a los productos o servicios que adquieren, y que son identificados e individualizados con la marca. Así, éste artículo 34.2 enumera las facultades *genéricas* de prohibición a disposición del titular marcario, sin variación apreciable con la anterior Ley. El ordinal cuarto si bien impone la autorización de uso de la propia marca por parte del distribuidor o comerciante no tiene carácter ilimitado, puesto que él deberá respetar la esencial distintividad de la marca evitando abusos e incluso la cuasi desaparición de la marca del fabricante o del propietario.

El artículo 34 -tantas veces mencionado- contiene una disposición de gran importancia pues recoge la protección

de la marca no registrada, excepción a la adquisición de la marca por el registro válido. Esto es las marcas notorias y renombradas que han sido definidas por primera vez en el artículo 8 de la Ley 17/2001, protección que se lleva más allá de las fronteras establecidas por el nomenclátor de la clasificación de Niza, y extendiéndose tanto más lejos como lo sea su reconocimiento por el sector en particular o el público en general. Lo dispuesto al tenor del artículo 34 numeral segundo literal c) -mucho más complejo de lo que aparenta- dará mucha interpretación a los Tribunales españoles, ya que procura la facultad de prohibir el uso de signos de la marca notoria y de la marca renombrada.<sup>25</sup> La exclusividad impide que se aprovechen del carácter distintivo, notoriedad, *renombre*<sup>26</sup> o reputación de una marca registrada para el uso de otra; esto implica la *dilución* o pérdida de la fuerza distintiva del signo notorio o renombrado. La ventaja de la titularidad sobre una marca notoria o una marca renombrada permitirá prohibir el uso de un signo no solo idéntico, sino también del semejante y confundible, cuando: (a) pueda suponer un aprovechamiento indebido de la reputación del signo;<sup>27</sup> (b) pueda conducir a una falsa relación de asociación en cuanto a los orígenes empresariales;<sup>28</sup> y, (c) pueda tener como consecuencia la *dilución* de la marca, o pérdida de la fuerza distintiva del signo notorio o renombrado.<sup>29</sup>

El derecho exclusivo, si es ejercitado de manera adecuada, beneficiará a su propietario y demás licenciarios por un tiempo ilimitado. Así lo indica la Ley 17/2001 en los artículos 31 y 32.

#### Art. 31 Duración.

*El registro de una marca se otorga por diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años.*

#### Artículo 32. Renovación.

*1. El registro de la marca se renovará previa solicitud del titular de la misma o de sus derechohabientes [...]*

Hay que tomar en cuenta que el *considerando 8 del Preámbulo de la DM*, insiste en el requisito efectivo de la marca. Los Estados Miembros de la Espacio Económico Europeo (EEE) tienen que aplicar el principio del uso obligatorio de la marca a quienes soliciten la nulidad de las marcas posteriormente registradas.<sup>30</sup> El uso sirve a su vez para la oposición del registro de otra marca acorde a los artículos 10, 11.1, 11.3 y 12 de la Directiva de Marcas.

#### DM Artículo 10. Uso de la marca

*1. Si, en un plazo de cinco años contados a partir de la fecha en que se haya concluido el procedimiento de registro, la marca no hubiere sido objeto de un uso efectivo por parte del titular en el Estado miembro de que se trate, para los productos o servicios para los cuales esté registrada, o si tal uso hubiere sido suspendido durante un plazo ininterrumpido de cinco años, la marca quedará sometida a las sanciones previstas en la presente Directiva salvo que existan causas que justifiquen la falta de uso.*

#### DM Artículo 11. Sanciones por la falta de uso de una marca en los procedimientos judiciales o administrativos

*1. No podrá declararse la nulidad de una marca debido a la existencia de una marca anterior que se le oponga si esta última no cumpliera los requisitos de uso previstos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 10 ó, según el caso, en el apartado 4 del artículo 10.*

*3. Sin perjuicio de la aplicación del artículo 12 en caso de demanda reconventional de caducidad, cualquier Estado miembro podrá prever que una marca no podrá ser válidamente invocada en un procedimiento de violación de marca si a consecuencia de una excepción queda establecido que la caducidad de la marca podría ser declarada en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 12.*

#### DM Artículo 12. Causas de caducidad

*1. Podrá ser declarada la caducidad de una marca si, dentro de un período ininterrumpido de cinco años, no hubiere sido objeto en el Estado miembro de que se trate de un uso efectivo para los productos o servicios para los que esté registrada, y si no existieren causas que justifiquen la falta de uso; sin embargo, nadie podrá invocar la caducidad de una marca si, en el intervalo entre la expiración del período señalado y la presentación de la demanda de caducidad, se hubiere iniciado o reanudado un uso efectivo de la marca; no obstante, el comienzo o la reanudación del uso en un plazo de tres meses anterior a la presentación de la demanda de caducidad, plazo que empezará a correr en fecha no anterior a la de expiración del período ininterrumpido de cinco años de no utilización, no se tomará en cuenta si los preparativos para el inicio o la reanudación del uso se hubieren producido después de haberse enterado el titular de que la demanda de caducidad podría ser presentada.*

## La protección de la solicitud de la marca

La Ley de Marcas en el apartado primero del artículo segundo insiste -como ya hace el artículo primero- en el principio fundamental de la legislación ibérica sobre signos distintivos donde *el derecho sobre la marca nace con el registro*; y, que del mismo modo se refleja en el orden de preferencia de inscripción (LM Art. 46.5) y en el derecho de *prioridad unionista* (LM Art. 14)

#### Artículo 46. Principios generales

*5. La solicitud de inscripción que acceda primeramente al órgano competente será preferente sobre las que accedan con posterioridad, practicándose las operaciones registrales correspondientes según el orden de presentación.*

#### Artículo 14. Derecho de prioridad unionista

*1. Quienes hubieran presentado regularmente una solicitud de registro de marca en alguno de los Estados miembros del Convenio de París o en algún miembro de la OMC o sus causahabientes gozarán, para la presentación en España de una solicitud de registro de la misma marca, del derecho de prioridad establecido en el artículo 4 del Convenio de París.*

En éste sistema -como he explicado- otorga la titularidad de la marca al que obtiene el válido registro. El registro se concede a su vez al que primero presente la solicitud objeto de examen y prevalece la prioridad de registro que tenga una fecha de presentación (LM Arts. 6.2, 46.5); asimismo, no podrán registrarse otros signos idénticos o similares a una marca registrada anterior (LM Art. 6). La fecha para determinar está fijada en el artículo undécimo que se entiende presentada ante el *Órgano Competente*, que puede ser: (a) en España la Oficina Española de Patentes y Marcas

(OEPM) o la Comunidad Autónoma; (b) un Estado Miembro del Convenio de París (LM Art. 14); (c) un Miembro de la Organización Mundial del Comercio; o, (d) en un Registro Internacional en otro Estado.

#### Artículo 6. Marcas anteriores

1. No podrán registrarse como marcas los signos:

- a) Que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos.
- b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.

2. Por marcas anteriores se entenderá a los efectos del apartado 1:

- a) Las marcas registradas cuya solicitud de registro tenga una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud objeto de examen, y que pertenezcan a las siguientes categorías: i) marcas españolas; ii) marcas que hayan sido objeto de un registro internacional que surta efectos en España; iii) marcas comunitarias.
- b) Las marcas comunitarias registradas que, con arreglo a su Reglamento, reivindiquen válidamente la antigüedad de una de las marcas mencionadas en los puntos i) y ii) de la letra a), aun cuando esta última marca haya sido objeto de renuncia o se haya extinguido.
- c) Las solicitudes de marca a las que hacen referencia las letras a) y b), a condición de que sean finalmente registradas.
- d) Las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean notoriamente conocidas. En España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París.

Conjuntamente, el solicitante de una marca goza de una protección provisional -según el artículo 38 de la Ley de Marcas- que se concreta en el derecho que le asiste a exigir una indemnización razonable y adecuada a las circunstancias por el uso que un tercero hubiera efectuado de dicha marca desde la fecha de publicación de la solicitud a la fecha de publicación de concesión. Esto significa que el petitionario o solicitante carece del resto de los mecanismos de defensa reconocidos al titular de la marca registrada, y en concreto, el ejercicio de la acción de cesación o la adopción de medidas cautelares.

#### Artículo 38. Protección provisional.

1. El derecho conferido por el registro de la marca sólo se podrá hacer valer ante terceros a partir de la publicación de su concesión. No obstante, la solicitud de registro de marca confiere a su titular, desde la fecha de su publicación, una protección provisional consistente en el derecho a exigir una indemnización razonable y adecuada a las circunstancias, si un tercero hubiera llevado a cabo, entre aquella fecha y la fecha de publicación de la concesión, un uso de la marca que después de ese período quedaría prohibido.

2. Esa misma protección provisional será aplicable aun antes de la publicación de la solicitud frente a la persona a quien se hubiera notificado la presentación y el contenido de ésta.

3. Se entiende que la solicitud de registro de marca no ha tenido nunca los efectos previstos en el apartado

*cuando hubiere sido o se hubiere tenido por desistida, o cuando hubiese sido denegada en virtud de una resolución firme.*

4. La protección provisional prevista en este artículo sólo podrá reclamarse después de la publicación de la concesión del registro de la marca.

El período que comprenderá la indemnización, en caso de haberla, sólo se podrá exigir una vez la marca fuera concedida. Élla comenzará desde la publicación de la solicitud hasta la fecha de concesión de la marca. Como excepción, el citado apartado segundo permite que la indemnización comience a partir desde la notificación directa al presunto infractor con anterioridad a la publicación. El apartado tercero, impone que no será aplicable el resarcimiento cuando la solicitud sea desistida o denegada, pues en ese caso, se entiende que dicha solicitud nunca tuvo efectos jurídicos. Cabe anotar que la vigente Ley de Marcas 17/2001 resuelve este tema de la protección provisional frente a la *escasa y contradictoria jurisprudencia española*<sup>31</sup> y en otros casos se supeditaba el momento de hacer exigible la indemnización a la efectiva publicación de la concesión de la marca.<sup>32</sup> Esta solución por la que ha optado el legislador español no se ajusta con exactitud a lo prescrito para la marca comunitaria, pues si bien el artículo 9.3 del RMC no contiene una declaración expresa al respecto, expresamente establece: *El tribunal al que se acuda (en solicitud de protección provisional) no podrá pronunciarse sobre el fondo hasta la publicación del registro*, lo que la marca comunitaria sí asiente, al contrario que con la solicitud de marca española, exigir la protección provisional aún antes de la efectiva publicación de la concesión de la marca registrada.

## Limitaciones en el uso de la marca

El legislador español de manera correcta ha señalado las limitaciones razonables en el uso de la marca, como las servidumbres en el derecho de dominio, para impedir irónicos abusos o para impedir los monopolios legales por parte de su titular. Las dos limitaciones más importantes acogidas en la Ley de Marcas son la reproducción de la marca en diccionarios y la información necesaria para los consumidores. A continuación expondré las dos salvedades.

## Reproducción de la marca en diccionarios

La reproducción de la marca en diccionarios es una novedad tipificada en el artículo 35 de la Ley, y que es similar al artículo 10 de la RMC, procede de la práctica donde se trata de evitar que la posible o hipotética ignorancia genere la creencia de que un término citado en un diccionario, enciclopedia o similar, pertenezca al dominio público; y conlleve en consecuencia su libre utilización sin autorización previa. Los términos de nueva creación, como lo pueden ser a título de ejemplo *Intel*,<sup>33</sup> *Pentium* o *Kodak*, no existían antes en diccionario o semejante previa su *invención* y notoriedad y no por ello son genéricos. Empero, términos como ejemplo *Iberia*, sólo constituirá marca en relación con la compañía de aviación española; o la marca *Puma* para artículos deportivos. Pero otra marca para artículos deportivos, *Addidas*, no sufre de confusión por ser un término arbitrario o de fanta-

sía. Del mismo modo, esta norma sirve para evitar que caigan en genericidad o notoriedad genérica vocablos que por su uso tan extendido o corriente pudiera entenderse que definen un tipo de producto, en lugar de una marca; derecho que protegerá, por ejemplo, a los titulares registrales de Aspirina (Bayer) donde ha caducado su patente química del ácido acetilsalicílico (C<sub>9</sub>H<sub>8</sub>O<sub>4</sub>) pero no la marca sobre Aspirina (*el analgésico más utilizado en el mundo*) que además demanda un sobrecargo o *premium* en su precio, cuando existen otros productos idénticos químicamente.

### Información necesaria para los consumidores

La segunda restricción tiene como fin esencial el conjugar los intereses del titular de la marca con los intereses de los competidores y consumidores en el ejercicio de su actividad, con el fin último de conseguir un correcto y transparente funcionamiento del mercado. Por tanto, no se trata de una auténtica *limitación* del derecho de marca, sino de una regulación previsible donde podrían colisionar los derechos conferidos por el registro de la marca con el derecho de terceros a ejercer su actividad mercantil, bien identificándose en el tráfico económico mediante su nombre, la *denominación de origen*<sup>34</sup> o para indicar el destino de las piezas sueltas que comercializa o fabrica y donde deberá diferenciar claramente el origen y el destino de los productos de tal manera que su propia marca prevalezca sobre la ajena. A su vez, no debe hallarse confusión entre ambas marcas y todo ello con el propósito de informar a los consumidores. La anterior regla se encuentra en el artículo 37 de la Ley 17/2001 que limita el uso de la marca registrada por un tercero *siempre que ese uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial [...]*; igual como prescribía la ALM 32/1988 *siempre que se haga de buena fe y no constituya uso a título de marca, los terceros podrán [...]*

Artículo 37. Limitaciones del derecho de marca.

*El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso en el tráfico económico, siempre que ese uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial:*

- a) *De su nombre y de su dirección;*
- b) *De indicaciones relativas a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, procedencia geográfica, época de obtención del producto o de prestación del servicio u otras características de éstos;*
- c) *De la marca, cuando sea necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o recambios.*

Este artículo recoge los supuestos ya contemplados por el artículo 33 ALM 32/1988, pero con una redacción que se alinea con lo dispuesto en el artículo 15 DM así como en lo previsto por el artículo 12 RMC, lográndose una perfecta acomodación entre el derecho marcario interno y el comunitario.

### El agotamiento del derecho sobre la marca

El agotamiento del derecho es un concepto propio del derecho francés y germánico, de principios del siglo XX que pronto fue importado en España y otros países civilis-

tas. Esta limitación -muy viva en el comercio internacional- constituye la facultad exclusiva y excluyente que tiene todo titular de uno de los derechos de propiedad industrial e intelectual (ya sea patente o modelo de utilidad, marca, modelo industrial) en relación con sus propios productos, en el sentido de que una vez comercializado por él, con su consentimiento expreso o tácito, sobre uno de sus productos o servicios no requieren de otra autorización para revenderlos o re-comercializarlos. Se deriva que el titular no podrá ampararse en su derecho exclusivo para impedir las comercializaciones posteriores o exigir compensación alguna por cada una de ellas. Inicialmente los tribunales ibéricos aplicaron el principio en cuestión entendiendo que resultaba irrelevante si la primera comercialización, esto es la comercialización realizada por el titular del derecho o con su consentimiento, se había realizado en España o en cualquier otro país. Esta aplicación del principio del agotamiento ha sido considerada por la doctrina como el agotamiento internacional del derecho. El requisito *sine qua non* para que nazca la excepción el agotamiento es que la primera comercialización del producto marcado sea cometida por el titular de la marca,<sup>35</sup> con su consentimiento o por una persona vinculada a él mediante relaciones de dependencia jurídica o económica.<sup>36</sup> El esencial criterio delimitador es el consentimiento del titular de la marca. Por lo tanto, sin consentimiento no hay agotamiento.

Históricamente la validez de dicho principio asilado por el propio Tribunal Supremo, no ha sido discutida hasta la entrada de España en la Comunidad Europea y la consiguiente incorporación a la normativa nacional,<sup>37</sup> se procedió a limitar el agotamiento del derecho al territorio nacional. La ALM 32/88, en el artículo 32 establecía que *el derecho conferido por el registro de la marca no permitirá a su titular prohibir a los terceros el uso de la misma para productos comercializados en España con dicha marca por el titular o con su consentimiento expreso*. Esto implicaba que sólo se imponía la limitación a la circunscripción territorial del derecho. Una relevante modificación del ámbito territorial del agotamiento tuvo lugar poco después de que se promulgara la ALM, donde el principio del agotamiento del derecho estuvo modificado con el artículo 7 de la Directiva de Marcas que amplía el agotamiento del referido derecho en correspondencia con los productos *comercializados en la Comunidad* y corroborado con la Acuerdo constitutivo del Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 que entró en vigor el 1 de enero de 1994, en cuyo artículo 65.2 amplió dicho ámbito a la totalidad del Espacio Económico Europeo. Destacando entre las normas que lo adoptan el Reglamento sobre la Marca Comunitaria dispone el artículo 13.1 del reglamento que *el derecho conferido por la marca comunitaria no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la comunidad bajo esa marca por el titular o con su consentimiento*; norma de incuestionable influencia en la actual Ley 17/2001 donde el carácter comunitario del artículo 36 sobre el agotamiento no es exclusivo de las marcas nacionales sino que hoy rige el principio característico de la normativa comunitaria.<sup>38</sup>

Artículo 36. Agotamiento del derecho de marca

1. *El derecho conferido por el registro de marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso de la misma*

para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los mismos se haya modificado o alterado tras su comercialización.

DM Artículo 7. Agotamiento del derecho conferido por la marca

1. El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización.

El reconocimiento del agotamiento internacional responde a la finalidad del Reglamento EEE 3842/86 del Consejo, de 1 de diciembre de 1986, que determina el *no poner obstáculos a la libertad del comercio legítimo*, según expresa su Considerando Primero. Esa finalidad es concordante con la finalidad de la política comercial común *de contribuir al desarrollo armonioso del comercio mundial y a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales*; según establece el artículo 110 del Tratado de la CE. El artículo 110 implica una adhesión de la Comunidad a los objetivos perseguidos por el GATT, según ha declarado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TCJE) en su sentencia *Internacional Fruit Company* (1972).<sup>39</sup> Como ha indicado la jurisprudencia española, el consentimiento a la primera comercialización del producto no produce el agotamiento porque el titular de la marca llegue a un acuerdo sobre las condiciones de comercialización con el distribuidor o el adquirente del producto, sino que tal circunstancia se produce *ope legis*, como límite al monopolio concedido por las marcas: y el agotamiento comunitario supone que el monopolio que tiene el titular de la marca sólo abarca la primera comercialización del producto en territorio comunitario, que puede hacer él mismo o alguien con su consentimiento. De este modo, en la medida en que el agotamiento *ope legis* garantiza el monopolio sólo a la primera comercialización del producto, cualesquiera limitaciones pactadas por las partes en el contrato de distribución o de compraventa destinadas a impedir la reventa del producto serán absolutamente irrelevantes desde el punto de vista del contenido del derecho de exclusiva, aunque puedan tener, consecuencias contractuales. Sobre esta base, la idea de licencia tácita es absolutamente incompatible con la idea de agotamiento del derecho de marca, porque la primera está presuponiendo un monopolio absoluto del titular de la marca para controlar la comercialización del producto desde su introducción en el mercado hasta su puesta a disposición al adquirente final. Por estos motivos, la comprobación del alcance del consentimiento prestado por el titular de la marca en el contrato sólo es necesaria a efectos de verificar la licitud de la primera comercialización en el EEE.<sup>40</sup> Pues no concurre el agotamiento cuando la primera venta ha sido realizada en un Estado no Miembro de la EEE.<sup>41</sup>

En materia de marcas, el agotamiento ha sido fundamentalmente recogido por el Tribunal Europeo en las sentencias *Silhouette*,<sup>42</sup> *Sebago*<sup>43</sup> y *Davidoff*,<sup>44</sup> en las que fundamentalmente se establece que: (a) los Estados miembros no pueden aprobar una norma en la que se permita el agotamiento internacional (*Silhouette*); (b) el agotamiento se produce con la comercialización de cada unidad de producto de forma que el consentimiento se debe verificar en cada unidad comercializada (*Sebago*); (c) la existencia de autorización debe ser acreditada por quien invoca el agotamiento (*Davidoff*); (d) el consentimiento puede ser expreso (licencia, dependencia jurídica o económica) o tácito cuando se aprecie con certeza la renuncia del titular a oponerse a la comercialización en el Espacio Económico Europeo (*Davidoff*); además, (e) están equiparados los términos: *primera comercialización*, *primera puesta en circulación*, *introducción en el mercado* o *venta*;<sup>45</sup> y (f) la adopción de denominaciones diferentes sobre el mismo producto es un acto ilegal.<sup>46</sup>

El principio general es la permisón de las importaciones paralelas ya que sería contrario al Tratado de Roma artículo 81 (anterior artículo 85), si con las marcas registradas se lograra obstaculizar la competencia efectiva en una parte importante del mercado común, donde a su vez están prohibidos los acuerdos de exclusividad que buscan o puedan impedir dichas importaciones paralelas.<sup>47</sup> El dueño de una marca registrada no puede prohibir las importaciones paralelas si el producto ha sido distribuido lícitamente en un tercer Estado Miembro de la EEE o por un tercero con la misma marca si tienen un origen común.<sup>48</sup> La *Teoría del Origen Común*, que fue adoptada inicialmente por el Tribunal Europeo, donde la venta de un bien con la misma marca registrada que fue cedida voluntaria<sup>49</sup> o forzosamente<sup>50</sup> en distintos países era considerada válida. Esta visión ha quedado generalmente abandonada puesto que el dueño de una marca registrada sí puede prohibir las importaciones paralelas si es hecha directamente por otro productor de la misma marca.<sup>51</sup>

Cabe recalcar que en una circunscripción nacional el registro de una marca puede llegar a prevalecer sobre la libre circulación de mercancías cuando la importación desde un país Miembro de la EEE sean idénticos o similares y generen riesgo de confusión sobre productos registrados en cada uno de sus propios países, como lo ha establecido el Tribunal de la Comunidad respecto del signo automotriz *Cuadra* de Renault y *Quattro* de Audi.<sup>52</sup> Simultáneamente, el reenvasado de productos fue considerado legal en un primer instante si (a) no se alteró el estado original al reempacar; y, (b) sólo se afectó el diseño exterior como fue el caso del calmante *Valium*®.<sup>53</sup> En la actualidad ha sido revocada ésta posición sobre el reenvasado por la Directiva de Marcas puesto que en su artículo séptimo dice que *el agotamiento del derecho no se aplicará cuando existan motivos legítimos del titular se oponga a la comercialización ulterior, en especial cuando el estado de los productos se haya alterado o modificado tras su comercialización*, y seguido por el artículo 36.2 de la Ley de Marcas y por los Tribunales españoles.<sup>54</sup>

## Acciones protectoras del derecho sobre la marca

La Ley de Marcas 17/2001 recoge en su artículo 40 la facultad que posee el titular del registro violado para que de forma extensiva ejercite todas y cada una de las acciones que le corresponden, incluyendo las medidas imperiosas para su garantía. Este precepto, análogo a la Ley de Patentes,<sup>55</sup> mantiene con el antiguo -y acertado- sistema proteccionista donde el titular de la marca registrada puede acceder de forma tan amplia como en derecho le corresponda para ejercer todas las acciones para su defensa. Las acciones del titular marcario son civiles y penales.

### Artículo 40. Posibilidad de ejercitar acciones civiles y penales

*El titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia, todo ello sin perjuicio de la sumisión a arbitraje, si fuere posible.*

La legitimación para iniciar una petición civil es y continúa siendo, en principio, prerrogativa del titular de la marca o del registro quebrantado. Sin embargo, persiste la legitimación del licenciario<sup>56</sup> -como es natural- al conservarse la remisión del antiguo artículo 40 de la ALM, elemento fundamental para el propietario de la marca para que los terceros autorizados por vía contractual defiendan sus mejores intereses.

La fórmula establecida tanto en la ALM como en la vigente Ley (LM Art. 41) atribuye las acciones civiles que el titular del registro quebrantado puede efectuar. En resumen, las acciones civiles que puede ejercitar el titular de la marca son: (a) la cesación de los actos que violen su derecho<sup>57</sup>; (b) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; los daños y perjuicios sufridos o en especial el daño emergente y el lucro cesante (LM Art. 43);<sup>58</sup> (c) la adopción de las medidas necesarias para evitar la violación, incluyendo el retirar del tráfico económico los productos, la publicidad, etc. que haya materializado la violación del derecho de marca<sup>59</sup> como es el cambio de la denominación social;<sup>60</sup> (d) la destrucción o cesión con fines humanitarios; y, (e) la publicación de la sentencia.<sup>61</sup>

Así, la nueva Ley de Marcas recoge en el artículo 41.1.d acertadamente una trascendental medida de salvaguarda del titular del derecho violado recogiendo las directrices del RMC por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y de las mercancías piratas. Respecto de la cuarta alternativa sobre el destino de la mercancía, esto es, la cesión de estos efectos con fines humanitarios, recoge la Ley la práctica que se ha venido proponiendo por los propios jueces a los titulares de los registros violados como una salida útil para aquellos objetos que deben ser retirados de los circuitos comerciales de los productos ilícitamente identificados en posesión del infractor cuando la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor.<sup>62</sup> La Ley siempre recoge que ésta opción sea a elección del

actor y -lo que es más importante- a costa del condenado.<sup>63</sup>

A más de las acciones anteriores, la acción reivindicatoria de la propiedad podrá iniciar su legítimo titular frente al tercero que inscriba la marca en *fraude de sus derechos o en violación de una obligación legal o contractual* porque los signos distintivos son bienes inmateriales que gozan de la institución de la acción reivindicatoria determinada en el artículo 2.2 de la LM.

### Artículo 2. Adquisición del derecho

*2. Cuando el registro de una marca hubiera sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual, la persona perjudicada podrá reivindicar ante los tribunales la propiedad de la marca, si ejercita la oportuna acción reivindicatoria con anterioridad a la fecha de registro o en el plazo de cinco años a contar desde la publicación de éste o desde el momento en que la marca registrada hubiera comenzado a ser utilizada conforme a lo previsto en el artículo 39 [...]*

Los supuestos incardinables plasmados en la frase *con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual* son numerosos y por tanto la Ley de Marcas, y su anterior reproducción del artículo 3.3 de la ALM 32/88, procura una definición ambigua. La Ley establece tres posibles momentos para plantear la acción reivindicatoria: (a) con anterioridad a la fecha de registro (LM Arts. 9 y 10), (b) en el plazo de cinco años desde la publicación de la concesión de la marca (mala fe, LM Art. 52), y (c) En el plazo de cinco años desde el momento en que hubiera empezado a ser utilizada (LM Arts. 2.2 y 39).

La excepción es el novedoso supuesto específico cuando la marca es solicitada por el agente o representante sin la debida autorización (LM Art. 10); norma que pretende soslayar cierta práctica existente donde el agente o representante no autorizado por legítimo titular de la marca consignaba el registro a nombre propio o al transcurrir el plazo de cinco años conforme el artículo 39 de la Ley 17/2001 y, una vez consolidado su derecho, podía usar o ceder libremente la marca o nombre comercial. La acción reivindicatoria no parece requerir en todo caso la existencia de una relación comercial previa entre el solicitante de la marca y el tercero cuyos derechos se ven conculcados por dicha solicitud. Así, la nueva Ley de Marcas viene a confirmar expresamente esa desaparición de tales derechos y licencias propiedad de terceros.<sup>64</sup>

El segundo apartado del artículo 41 hace eco del incumplimiento del uso obligatorio de la marca registrada, y por tanto su ficto registro imposibilita al titular hacer efectivos los *derechos conferidos por la marca* en el artículo 34 de la LM. La excepción de la falta de uso se limitará a las partes en un litigio por vía de reconvencción. Asimismo podrá ejercitar el demandado, tras la interposición de una acción de declaración de caducidad por la falta de uso que derivará, de tener éxito, en la erradicación registral de la marca. La falta de uso por el titular de la marca en un lapso superior a un lustro es sancionado con su caducidad. Aunque la caducidad no es *ipso jure* pues no surtirá efectos jurídicos hasta que haya sido declarada como tal por el Tribunal competente (LM Arts. 39.1, 55.1.c). Cabe aclarar que la proclamación lo hará la OEPM si la caducidad se produce por las dos primeras causales establecidas en el artículo 55.1 de la Ley de Mar-

cas: (a) la falta de renovación o (b) por renuncia expresa del titular. Un inconveniente que produce esta norma es si un tercero ha usado una marca en desuso, y por tanto sin vigencia, puede llegar a ser sancionado por el tiempo de su uso hasta la propia declaración de caducidad. Esta complicación se solucionaría si la Ley de Marcas se asemejara al artículo 11 de la Directiva de Marcas.

Dos cuestiones específicas que se destacan en la Ley de Marcas respecto de la excepción de falta de uso de una marca son (a) la inversión de la carga de la prueba que pasa a ser a cargo del demandante; y, (b) de considerarse oponible la marca será únicamente para aquellos productos o servicios para los que está siendo efectivamente usada. Respecto a la inversión de la carga de la prueba la Ley no añade en este punto nada nuevo a la normativa anterior, si acaso aporta claridad y concreción. En cambio más interesante en este punto es la cuestión referente a considerar como registrada -y por lo tanto oponible- la marca con la que se ataca indivisiblemente para aquellos bienes o servicios para los que se haya acreditado su uso. La vigente Ley se acopla al artículo 10.1 de la DM y rectifica así la deficiente redacción del artículo 4.4 de la ALM/88 donde los tribunales mantienen la tendencia de proteger las marcas sólo sobre los bienes y servicios efectivamente usados. Igualmente, conforme al artículo 41.2 de la vigente Ley 17/2001 el demandado podrá ejercitar por vía de reconversión la acción de declaración de caducidad por falta de uso de la marca.

En cuanto a las medidas cautelares es clara su posibilidad de ejercicio en territorio español según los artículos 40 y 41 de la Ley de Marcas. En el espacio comunitario la interpretación del artículo 99.2 del RMC permite que dichas medidas puedan ser dictadas por el Tribunal Europeo que puede desplegar sus efectos en toda la Comunidad Europea, aunque condicionándose la adopción de las medidas cautelares al cumplimiento de las formalidades preceptivas a efectos de reconocimiento y de ejecución de conformidad con el Título III del Convenio de ejecución.<sup>65</sup>

La posibilidad de someter las acciones en defensa del derecho de propiedad industrial a arbitraje según el artículo 28 de la Ley de Marcas es -a mi parecer- un avance para el sistema procesal, por las ventajas que este puede dar como son: la celeridad (un único proceso sin recursos verticales), la concentración, la especialidad de los árbitros, las reglas procesales son establecidas por las partes. De modo más detallado se recoge la opción de someter a arbitraje *las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del caimiento para el registro de una marca aunque si fuere posible.*

#### Artículo 28. Arbitraje.

1. Los interesados podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca, de conformidad con lo establecido en el presente artículo.

2. El arbitraje sólo podrá versar sobre las prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b), 7.1.b), 8 y 9 de la presente Ley. En ningún caso podrá someterse a arbitraje cuestiones referidas a la concurrencia o no de defectos formales o prohibiciones absolutas de registro.

3. El convenio arbitral sólo será válido si está suscrito, además de por el solicitante de la marca:

a) Por los titulares de los derechos anteriores que hubieren causado la denegación de la marca y, en su caso,

por sus licenciatarios exclusivos inscritos.

b) Por los titulares de los derechos anteriores que hubieran formulado oposición al registro de la marca y, en su caso, por sus licenciatarios exclusivos inscritos.

c) Por quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo. [...]

6. El laudo arbitral firme producirá efectos de cosa juzgada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, de aplicación en todo lo no previsto por el presente artículo, y la Oficina Española de Patentes y Marcas procederá a realizar las actuaciones necesarias para su ejecución.

Sin embargo, impráctico parece ser esta alternativa procesal porque requiere la firma del convenio arbitral a posteriori al posible incumplimiento o violación de los derechos de marca; pues la parte de la controversia que se considere en mayor desventaja no suscribirá el convenio arbitral. Además, se excluye de modo ilógico aquellos aspectos que pueden ser objeto de arbitraje que de manera general se encuentran establecidos en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje,<sup>66</sup> y de manera más específica en el citado artículo 28, que expresamente excluye de la sumisión a arbitraje aquellas cuestiones referidas a la concurrencia o no de defectos formales o prohibiciones absolutas de registro al utilizar la Ley de Marcas la frase *si fuere posible* y las limitaciones del ordinal segundo.

La opción de recurrir por vía criminal la protección del uso indebido de una marca (LM Art. 40) encarna una mayor complejidad que por la vía civil. El titular de una marca para someter los posibles actos dolosos al Código Penal (Art. 274), es imperioso que concurren los siguientes elementos<sup>67</sup>: (a) la marca esté debidamente registrada o que sea notoria, (b) confusión de los consumidores respecto del producto falsificado (calidad del objeto) con el signo, y, (c) dolo específico de tener ánimo defraudatorio. Además, prevalece una mayor carga de la prueba por la presunción de inocencia del inculpaado y la intervención del fiscal.

Los presupuestos para la indemnización de daños y perjuicios del artículo 42 de la Ley de Marcas goza de la innovación de imponer la responsabilidad objetiva y directa al infractor de la marca a quien: (a) ponga el signo en el producto o en su presentación; (b) realice las mismas conductas con los embalajes, etiquetas, envoltorios, junto con el que los confeccione, fabrique, ofrezca, comercialice, exporte o importe; o (c) el comercializador de la primera puesta del producto o servicio ilícitamente marcado. En los casos restantes, en especial del artículo 34, es indispensable que el acusador requiera de forma fehaciente al transgresor solicitando que cese su actividad; y en segundo lugar, el aviso debe identificar el signo que se estime infringido. Hay que hacer la distinción -a mi parecer injustificada del artículo 42- sobre el requerimiento previo por parte del titular demandante, en cuanto a que la Ley no lo exige de los mencionados tres supuestos como es el que almacena etiquetas o las fabrique, pero la Ley sí lo exige frente a otros supuestos. La segunda parte de este artículo 42 contiene una importante novedad frente a la antigua redacción del artículo 37 ALM, puesto que además de eximir para el resto de los supuestos de requerimiento previo si ha mediado culpa o negligencia en el actuar del infractor, también lo exime de manera general en el caso de que el signo violentado sea notorio o re-

nombrado. La nueva redacción de este mandato se enmarca en la línea proteccionista del artículo octavo sobre las marcas notorias y renombradas al concebir que el conocimiento que posee el público y el infractor sobre dichos registros marcarios. El artículo 43 delimita el cálculo para la indemnización de daños y perjuicios, y el artículo 44 posee la cardinal primicia de las indemnizaciones coercitivas.

*Artículo 43. Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios.*

1. *La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no sólo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la marca a causa de la violación de su derecho. El titular del registro de marca también podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca por el infractor, especialmente, por una realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados o una presentación inadecuada de aquélla en el mercado.*

2. *Las ganancias dejadas de obtener se fijarán, a elección del perjudicado, con arreglo a uno de los criterios siguientes: a) Los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación. b) Los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación. c) El precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho.*

3. *Para la fijación de la indemnización se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de la marca y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación. En el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado.*

4. *A fin de fijar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, el titular de la marca podrá exigir la exhibición de los documentos del responsable que puedan servir para aquella finalidad.*

5. *El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1% de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.*

*Artículo 44. Indemnizaciones coercitivas*

*Cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia.*

Esta última norma del artículo 44 busca reforzar la declaración judicial de cesación por el infractor que la ALM desprotegía de manera parcial al titular de la marca, puesto que si el condenado continuaba con la actividad infractora

en rebeldía flagrante de una sentencia requería del auxilio judicial una vez terminado el proceso judicial principal sin una multa objetiva por su violación. En consecuencia se allana el camino para la ejecución de una sentencia por una infracción a la Ley de Marcas.

Para terminar el artículo 45 antes contenido en el artículo 38.4 de forma paralela con lo establecido en el artículo 71 de la Ley de Patentes sistematiza en un mismo apartado la prescripción en cinco años tanto las acciones marcarias como la determinación del cómputo de perjuicios (anteriores a la fecha de su acometimiento). La excepción de prescripción para la interposición de una acción por violación a los derechos de marca es la declaración de la nulidad absoluta (LM Art. 51.2 y 52.2; RMC Art. 51) de la marca registrada.

## Conclusiones

Las marcas y los nombres comerciales son en la actualidad un elemento y un valor trascendental en la vida cotidiana de las personas, los consumidores y los negocios. Los derechos sobre la marca y el nombre comercial son fundamentales para su titular que podrá ejercer el dominio exclusivo sobre los productos y servicios con los que identifique su marca.

Primeramente, las marcas y los nombres comerciales se adquieren -por lo general- tras el registro válido efectuado conforme a la Ley. El registro es el primer paso por parte del titular, pero el uso efectivo actuará como el elemento esencial generador de la propia marca que conjuntamente actuará como medio para evitar su caducidad; es decir que el derecho exclusivo, si es ejercitado de manera adecuada, beneficiará a su propietario y demás licenciarios por un tiempo ilimitado.

El *ius prohibendi* concretado en el artículo 34 de la Ley de Marcas 17/2001 y el artículo 9 del RMC otorga y permite la exclusividad frente a terceros del uso del signo, donde el actual sistema proteccionista del titular de la marca registrada puede acceder de forma tan amplia como el derecho le corresponda para ejercer todas las acciones para su defensa. Incluso, la protección de la marca se da no sólo desde su efectivo registro y otorgamiento sino también desde la presentación de su solicitud.

El titular tiene la facultad de ejercer acciones civiles y penales, donde existe una mayor complejidad en cuanto a esta segunda vía. En cambio en la vía civil todas las facultades u opciones que la Ley recoge son a mi parecer amplias para su protección; y que además son siempre a elección del actor y a costa del condenado. La principal excepción a la exclusividad del uso de la marca es el agotamiento del derecho sobre la misma, que como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el dueño de una marca registrada puede prohibir las importaciones paralelas y goza del derecho de la primera puesta en circulación en el mercado común del producto o servicio. Consiguientemente, hoy en día prevalece el derecho de marcas frente a la libre circulación de mercancías donde los derechos de propiedad intelectual no son incompatibles con los principios de libertad de competencia; a menos que se ejerciten de manera abusiva. Por último, la prescripción de las acciones determinadas en la Ley de Marcas es de cinco años con la salvedad de la nulidad absoluta que es imprescriptible.

**Notas**

1. Por ejemplo el valor económico de la marca Coca-Cola® es de US\$ 70.4 billones de dólares y las 10 marcas mejor valoradas en el mundo representan un valor acumulado de US\$ 385.5 billones de dólares; según Interbrand-BusinessWeek Best Global Brands survey 2003.
2. La Dirección de Marcas del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) ha registrado 94 871 marcas desde 1992. Diario el Comercio, Negocios, Lunes, 19 de Abril del 2004. <http://www.elcomercio.com/noticias.asp?noid=91443>
3. CA Decisión 486 de la Comisión Andina de 14 de septiembre de 2000 y vigente desde el 1 de diciembre de 2000 que sustituyó la Decisión 344.
4. Landes William M. y Posner Richard, Trademark Law: An Economic Perspective, 30 Journal of Law and Economics 265 (1987)
5. Vid. US Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc., 456 U.S. 844, 853-54 (1982); Levi Strauss & Co. v. Blue Bell, Inc., 632 F.2d 817, 821 (9th Cir. 1980); Standard Oil Co. v. Humble Oil & Refining Co., 363 F.2d 945, 954 (5th Cir. 1966) cert. denied, 385 U.S. 1007 (1967)
6. Vid. US Standard Brands, Inc. v. Smidler, 151 F.2d 34, 41 (2d Cir. 1945); Lunney Glynn S. Jr., Trademark Monopolies, Emory University School of Law, 48 Emory L.J. 367 (1999); Easterbrook Frank H., Intellectual Property Is Still Property, 13 Harvard Journal of Law and Public Policy (J.L. & Pub. Pol'y) 108, 109 (1990)
7. Esta teoría se sostenía en el Derecho alemán por algunos autores como Kohler Warenzeichenrecht (Mannheim, J. Bensheimer, 1884); citado por De La Fuente García Elena, El Uso de la Marca y sus Efectos Jurídicos, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid (1999) p. 27.
8. Vid. Lemley Mark, Menell Peter S. y Merges Robert P., Intellectual Property in the New Technological Age, Aspen Law & Business, 2nd ed. (2000) passim.
9. Vid. De La Fuente García Elena, El Uso de la Marca y sus Efectos Jurídicos, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid (1999) pp. 27-28.
10. Sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de mayo de 1930. STS 1.a RAJ num. 918
11. Término utilizado por la jurisprudencia española; Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 8 febrero 2003 (Sección 10ª), Recurso núm. 1106/2000, Levis Strauss; y, en la jurisprudencia comunitaria como es el caso TJCE Sentencia de 4 de noviembre de 1997 (C-337/95); Christian Dior
12. Vid. US Industrial Rayon Corp. v. Dutchess Underwear Corp., 92 F.2d 33, 35, 34 USPQ 308,311 (CA, 2, 1937)
13. Vid. Fernández Novoa Carlos, La compleja figura de la marca, BCAZ, 3\_ (1986) pp. 23 y ss.
14. Anterior Ley de Marcas o ALM (Ley 32/1988, BOE num. 272)
15. Comunidad Europea (CE) Reglamento 422/2004 del Consejo de 19 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento CE 40/94 sobre la marca comunitaria de 20 de diciembre de 1993.
16. Vid. Diez-Picazo L. y Gullón A, Sistema de Derecho Civil, Vol. I 8ª. Ed., Madrid (1994) p.394
17. Vid. TCJE Sentencia de 4 de mayo de 1999 (C-108/97 C-109/97); Windsurfing Chiemsee; y Vid. la falta de carácter distintivo, TCJE Sentencia de 23 de octubre de 2003 (C-191/01) Doublemint; TCJE Sentencia de 30 de marzo de 2000 (C-91/99); Ford versus OHIM
18. LM artículo 41.2; Vid. LM artículos 46.1, 53, 55, 56, 58, 60; e infra punto VII.
19. Por ejemplo, los casos TCJE Sentencia de 18 de febrero de 2004 (C-10/03) Flex versus Conforflex; TCJE Sentencia de 15 de enero de 2003 (C-99/01) Mystery drinks versus mixery, y TCJE Sentencia de 29 de septiembre de 1998 (C-39/97 I-5525) Canon versus MGM.
20. Por ejemplo, TCJE Sentencia de 18 de febrero de 2004 (C-10/03) Flex versus Conforflex; TCJE Sentencia de 22 de junio de 1999 (C-342/97) Lloyd; TCJE Sentencia de 22 de junio de 2000 (C-425/98); Mode versus Adidas
21. Directiva de Marcas del Espacio Económico Europeo, Primera Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (89/104/EEE)
22. Vid. TCJE Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (C-251/91); Sabel versus Puma

**Notas**

23. Reglamento Comunitario 241/1999 del Consejo de 25 de enero de 1999 Artículo 1.a; que modifica el Reglamento (CE) 3295/94 por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas
24. Por ejemplo, WIPO – OMPI PepsiCo, Inc. v. Phayze Inc., WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision, Case No. D2003-0693, December 2, 2003; WIPO, Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision, Experience Hendrix, L.L.C. versus Hammerton, Case No. D2000-0364, 2 de agosto de 2000, Caso Jimi Hendrix
25. LM Arts. 34.2.c, 34.5, también en la Exposición de motivos IV, y el Art. 6.2.d; RMC Art. 8.2.c
26. TCJE Sentencia de 29 de septiembre de 1998 (C-39/97 I-5525); Canon versus MGM
27. Vid. TCJE Sentencia de 22 de junio de 1994 (C-9/93) IHT Internationale Heiztechnik y Danzinger; TCJE Sentencia de 17 de octubre de 1990 (C-10/89) HAG II; TCJE Sentencia de 3 de diciembre de 1981 (C-1/81) Pfizer; TCJE Sentencia de 23 de mayo de 1978 (C-102/77) Hoffmann-La Roche; Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 8 febrero 2003 (Sección 10ª), Recurso núm. 1106/2000. JUR 2003\128814; Levis Strauss
28. Vid. Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (C-251/91); Sabel versus Puma
29. TCJE Sentencia de 14 de septiembre de 1999 (C-375/97); GMC
30. Vid. De La Fuente García Elena, El Uso de la Marca y sus Efectos Jurídicos, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid (1999) pp. 45-46.
31. Vid. Ferrandis González Salvador, Selas Colorado Antonio y Abad Revenga José., Comentarios a la Ley De Marcas, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Barcelona (2002); haciendo referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 1994 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1999.
32. Vid. Ibid.; haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de noviembre de 1999, que casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona citada
33. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid de 13 junio de 2001 (Sección 7ª), Recurso núm. 239/1998. JUR 2002\29449; Intel
34. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 8 febrero 2003 (Sección 10ª), Recurso núm. 1106/2000. JUR 2003\128814; Levis Strauss; Vid. TCJE Sentencia de 4 de mayo de 1999 (C-108/97 C-109/97); Windsurfing Chiemsee
35. TCJE Sentencia de 31 de octubre de 1974 (Rec. 1189); Centrapharm versus Winthrop
36. Vid. TCJE HAG II (1990) Op. cit. 23 y sus sentencias precedentes como es la Sentencia del mismo Tribunal de 11 de julio de 1996 (C-232/1994); MPA Pharma GmbH
37. Vid. Ferrandis González Salvador et al., Comentarios a la Ley De Marcas, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Barcelona (2002)
38. Entre las sentencias que reconocen la vigencia del agotamiento comunitario cabe citar de la Audiencia Provincial de Barcelona, la de 23 de marzo de 1999 de la Audiencia Provincial de Logroño, la de 21 de septiembre de 1999 de la audiencia provincial de Madrid o la de 20 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de la Coruña.
39. Vid. De las Heras Lorenzo Tomas, El Agotamiento del Derecho de Marca, editorial Montecorvo S.A., Madrid (1994) p. 351. Además, TCJE Sentencia de 12 de diciembre de 1972 (C-41 y 44/70) International Fruit Company versus Comisión
40. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 8 febrero 2003 (Sección 10ª), Recurso núm. 1106/2000; Levis Strauss
41. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona de 20 enero 2003 (Sección 15ª), Recurso núm. 395/2000; Warner Music Spain y otros; TCJE Sentencia de 20 de noviembre de 2001 (C-414 a 416/99); TCJE Sentencia de 9 de febrero de 1982 (C-270/80); Polidor/Harlequin; TCJE Sentencia de 15 de junio de 1976 (C-51/75); EMI Records versus CBS
42. TCJE Sentencia de 16 de julio de 1998 (C-355/96 I-4799); Silhouette
43. TCJE Sentencia de 1 de julio de 1999 (C-173/98); Sebago
44. TCJE Sentencia de 20 de noviembre de 2001 (C-414/99 a C-416/99); Zino Davidoff
45. TCJE Sentencia de 18 de febrero de 1971 (C-40/70); Sirena, y TCJE Sentencia de 13 de julio de 1966 (C-56 y 58/64); Grunding Costen

**Notas**

46. Vid. TCJE Sentencia de 31 de octubre de 1974 (Rec. 1189); Centrapharm versus Winthrop. Respecto de la venta del mismo producto con las marcas Serenit-D en el Reino Unido y Seresta en Benelux.
47. Vid. TCJE Sentencia de 25 de noviembre de 1971 (C-22/71); Béguelin/SAGL
48. TCJE Sentencia de 23 de febrero de 1999 (C-63/97 I-925); BMW
49. El caso Sirena fue uno de los primeros casos con ésta posición. Vid. TCJE Sentencia de 18 de febrero de 1971 (C-40/70); Sirena
50. TCJE Sentencia de 3 de julio de 1974 (C-192/73); HAG I
51. Vid. TCJE Sentencia de 17 de octubre de 1990 (C-10/89); HAG II
52. Vid. TCJE Sentencia de 30 de junio de 1993; Renault Cuadra versus Audi Quattro; y, Sentencia de 22 de junio de 1976; Terrapin versus Terranova
53. TCJE Sentencia de 3 de diciembre de 1981 (C-1/81); Pfizer, y Sentencia de 23 de mayo de 1978 (C-102/77); Hoffmann-La Roche
54. Vid. De las Heras Lorenzo Tomas, *El Agotamiento del Derecho de Marca*, editorial Montecorvo S.A., Madrid (1994), refiriéndose a las sentencias de los casos Omega I (1989) y Omega II (1993); sentencias no publicadas.
55. Ley de Patentes Española de invención y modelos de utilidad (Ley 11/1986, BOE num. 73)
56. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial Asturias (Sección 6ª), de 26 mayo 2003, AC 2003/1574 num. 247/2003; Polo Ralph Laurent
57. Vid. Sentencia del Audiencia Provincial Barcelona de 24 de abril 2003 (Sección 15ª), Recurso núm. 1041/2000; Blue Liberto
58. Vid. Op. cit. 55; Polo Ralph Laurent
59. Vid. Op. cit. 40; Warner Music Spain y otros
60. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2003 (Sala 1ª); Tejanos Pepe
61. Vid. Sentencia del Audiencia Provincial Barcelona de 16 febrero 2000 (Sección 15ª), AC 2000/534, Recurso de Apelación núm. 214/1998; McKnisey España
62. Vid. Curell Suñol M., *Ley de Marcas 17/2001 ¿Qué hay de nuevo?*, Barcelona (2002); *Los Tribunales de Justicia han sido reticentes a ordenar la destrucción del género intervenido estableciendo en la antigua Ley únicamente de manera expresa, la retirada del tráfico económico de este tipo de productos, sin pronunciarse sobre su destino posterior.*
63. Vid. Ferrandis González Salvador et. al., *Comentarios a la Ley De Marcas*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Barcelona (2002)
64. Vid. Ibid.
65. Vid. Lobato García-Miján Manuel, *La marca comunitaria*, Bolonia (1997) p. 100
66. Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre 2003 (BOE núm. 309, de 26-12-2003, pp. 46097-46109); que derogó la Ley de Arbitraje 36/88 de 5 de Diciembre de 1988
67. Vid. Sentencia del Audiencia Provincial Valencia de 5 marzo de 2002 (Sección 4ª), núm. 56/2002, ARP 2002\389, Recurso de Apelación núm. 37/2002; Levi Straus y Calvin Klein

# Crímenes de Derecho Internacional y la justicia penal de los Estados

Jorge Luis Collantes

A mi madre

## Introducción

Acabada la segunda guerra mundial, la responsabilidad internacional del individuo se materializó gracias al elemento procesal que apareció con la celebración de los juicios de Nuremberg y Tokio.<sup>1</sup> Esto dio lugar a un emergente de un sistema internacional de justicia penal.<sup>2</sup>

Tras Nuremberg, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) mediante la Resolución 177(II) del 21 de diciembre de 1947 encargó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que formulara los Principios del DI reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, y que preparara un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Desde entonces y ante la ausencia de un tribunal internacional penal, la responsabilidad internacional del individuo se materializó en diversos casos a través de la justicia de los Estados,<sup>3</sup> la doctrina mantuvo interés en el tema<sup>4</sup> y la tipicidad de los crímenes de Derecho internacional se acentuó poco a poco en el marco del DI convencional, resaltando la Convención contra el Genocidio de 1948.<sup>5</sup> Asimismo, fue relevante el papel de la Cruz Roja en la codificación del DI humanitario a través de las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, facilitando la tipicidad de los crímenes de guerra en el Derecho positivo y previendo la jurisdicción penal de los Estados para su represión.<sup>6</sup>

Acabada la guerra fría, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en base al Capítulo VII de la Carta y en uso de las facultades discrecionales que de ella se derivan,<sup>7</sup> creó los tribunales internacionales penales *ad hoc* para Ruanda (TIPR)<sup>8</sup> y para la Antigua Yugoslavia (TIPY)<sup>9</sup>. Los tribunales penales internacionales hacen más perceptible la justicia penal internacional.<sup>10</sup> De conformidad con sus Estatutos, estos tribunales ejercen jurisdicción simultáneamente con la justicia interna de los Estados sobre crímenes de DI perpetrados en los territorios de Ruanda y la Antigua Yugoslavia, respectivamente. En 1998, se celebró en Roma la Conferencia Diplomática para la Creación de la Corte Penal Internacional (CPI),<sup>11</sup> la que tiene jurisdicción sobre los crímenes de DI de agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad tal como se definen en su Estatuto<sup>12</sup> y cometidos a partir del 1 de julio de 2002. Los tratados internacionales, los Estatutos de los tribunales internacionales *ad-hoc*, los procesos celebrados tanto ante estos como ante la justicia interna y la jurisprudencia a la que han dado lugar, han hecho grandes aportaciones a la construcción del sistema internacional de justicia penal.<sup>13</sup>

De otra parte, el principio de complementariedad que rige para la jurisdicción de la CPI permite señalar que en el terreno jurisdiccional, aun cuando se haya creado una instancia penal internacional, la represión de los crímenes de DI tiene como primer actor a la justicia de los Estados. La CPI es una jurisdicción complementaria;<sup>14</sup> pues ejercerá jurisdicción cuando no lo hayan hecho los Estados. De allí que sea necesario que el Derecho y la justicia de los Estados sintonicen el DI, tanto por ser el ordenamiento desde donde dimana la responsabilidad como porque la actuación de los Estados, en tanto sujetos del DI, no podría apartarse de él. Pues, si bien es cierto que por la incipiente estructura judicial internacional penal de nuestros días se hace necesaria la utilización de la justicia estatal para procesar a los presuntos responsables de crímenes de DI, la responsabilidad individual por crímenes de DI no se fundamenta en el *ius punendi* del Estado soberano, sino sobre la base del DI. El hecho de que los crímenes en cuestión se castiguen utilizando la justicia de los Estados no significa que se trate de delitos domésticos.

En las siguientes líneas trataremos de exponer la tipicidad, el castigo, la jurisdicción y la imprescriptibilidad de los crímenes de DI, para responder a las siguientes interrogantes: ¿Qué relación tiene la actividad legislativa y judicial de los Estados con el DI? ¿Qué papel juegan los Estados a la construcción del emergente sistema internacional de justicia penal? ¿Qué propuestas *de lege ferenda* caben hacer?

## Tipicidad de los crímenes de Derecho Internacional

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho hace la ley penal.<sup>15</sup> En el DI, tal descripción y la responsabilidad que se deriva de la infracción no solo pueden provenir del Derecho positivo (convencional) sino también de la costumbre.<sup>16</sup> Esta afirmación, que es también asumida por el Derecho de los países de *common law*, tropieza violentamente con el sistema penal de los países de tradición continental, en virtud de su concepción de la tipicidad y del principio de legalidad en tanto Derecho escrito.<sup>17</sup> Sin embargo, ello no ha sido óbice para que, hasta el momento, países de ambos sistemas hayan reprimido los crímenes en cuestión.

## Precisiones jurídicas necesarias: crímenes de Derecho Internacional y delitos transnacionales

Como estima la doctrina, entre otros Triffterer,<sup>18</sup> se hace necesario distinguir la criminalidad internacional *stricto*

*sensu* (crímenes de DI) de la criminalidad internacional en sentido amplio (delitos transnacionales), aunque puede decirse que ambos tienen origen común en los *delicta iuris gentium*. La criminalidad internacional *strictu sensu* ofende valores jurídicos como la paz o la integridad de la Comunidad Internacional. En cambio, la criminalidad internacional en sentido amplio presenta hechos que en teoría pueden ser reprimidos por el Derecho penal interno pero que en la práctica serían difíciles de castigar sin un acuerdo entre los Estados. La diferencia entre criminalidad internacional *strictu sensu* y criminalidad internacional en sentido amplio está situada en que los primeros demandan una responsabilidad independientemente del *ius punendi* de cada Estado, porque esta se fundamenta directamente sobre la base del DI.<sup>19</sup> En cambio, los delitos transnacionales (criminalidad internacional en sentido amplio) se reprimen en el marco del DI por voluntad de los Estados,<sup>20</sup> por lo que no se pueda hablar de crímenes de DI respecto de todo hecho delictivo sobre el cual el DI haya intervenido para su represión sino únicamente cuando se trata de ofensas o atentados contra la paz y seguridad de la humanidad. En este sentido, cuando los Estados reprimen crímenes de DI deban sintonizarlo en todo momento, ya que también es el Derecho al que todo Estado está sujeto.

### Los crímenes de Derecho Internacional

La tipicidad de los crímenes de DI fue enormemente facilitada por el art. VI del Estatuto de Nuremberg. El art. VI del Estatuto de Nuremberg estimaba crímenes *los siguientes actos, o cualquiera de ellos... y entrañan responsabilidad internacional:*

- a. **Crímenes contra la paz:** *es decir, la dirección, la preparación, el inicio o la búsqueda de una guerra de agresión o de una guerra en violación de los tratados, seguros o acuerdos internacionales, o la participación en un plan concertado o en un complot para la perpetración de uno de los actos mencionados.*
- b. **Crímenes de guerra:** *es decir, la violación de las leyes o usos de la guerra. Estas violaciones comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por necesidades militares.*
- c. **Crímenes contra la paz:** *es decir, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevados a cabo, constituyan o no una violación al Derecho interno del país donde hayan sido perpetradas, al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación a él.*

*Los dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices que hayan tomado parte en la elaboración o ejecución de un plan o de un complot concertado para cometer cualquiera de los crímenes arriba definidos, son responsables de todos los actos realizados por todas las personas en ejecución de dicho plan*<sup>21</sup>

El Estatuto de la CPI puede entenderse como un intento de codificación de los crímenes de DI. El Estatuto de la CPI tiene el mérito de haber trasladado al Derecho positivo, y refundido en él, algunas conductas que se hallaban dispersas en los textos de DI. Pues, si bien dentro de los crímenes tipificados en el Estatuto los hay cuales tienen una base consuetudinaria, el Estatuto no solo ha cristalizado el DI consuetudinario sino que también podría generar de nuevas normas consuetudinarias. Gracias al Estatuto tenemos un texto de Derecho positivo que tipifica los crímenes de DI, sobre todo los crímenes contra la humanidad,<sup>22</sup> que a diferencia de los crímenes de guerra carecían de soporte convencional.<sup>23</sup>

Pese a lo antes expuesto, conviene precisar que entre la formulación de los crímenes hecha en Nuremberg y la hecha en el Estatuto de la CPI hay algunos cambios significativos que obedecen al desarrollo del DI convencional y consuetudinario.<sup>24</sup> En algunos aspectos de tipicidad el Estatuto de la CPI codifica el DI consuetudinario,<sup>25</sup> en otros aspectos es menos progresista y en otros va más allá del DI consuetudinario. Considerando al Estatuto de la CPI como una codificación de los crímenes de DI<sup>26</sup> es necesario observar la definición que el Estatuto de la CPI hace al genocidio<sup>27</sup>, *los crímenes de guerra*,<sup>28</sup> *los crímenes contra la humanidad*<sup>29</sup> y la agresión.<sup>30</sup> La codificación en el Estatuto de la CPI es incompleta porque, por un lado, no podrían descartarse que hay crímenes que podrían poner en peligro la paz y seguridad de la humanidad que no se recogen en el Estatuto o en ningún otro texto convencional, como ocurre con los daños intencionales y graves al medio ambiente (salvo se cometan como crimen de guerra); y, por otro lado, porque no se trata de un corpus cerrado (es revisable) y porque ni el mismo define todos los crímenes de su jurisdicción como ocurre con la agresión.<sup>31</sup>

### La jurisdicción de los Estados

La represión de los crímenes de DI es posible bajo cuatro fórmulas jurisdiccionales: a) la jurisdicción de los Estados, b) los tribunales internacionales *ad hoc* como los para Ruanda y la Antigua Yugoslavia, c) la Corte Penal Internacional, y d) los tribunales mixtos.<sup>32</sup>

### Territorialidad y extraterritorialidad

La jurisdicción de los Estados subraya el mosaico de normas de cada ordenamiento interno y los laberintos procesales de cada país, lo que en algún caso puede repercutir en la absolución o penalidad de un acusado. Es aceptado que los principios referidos a la jurisdicción y a la validez de la ley penal de los Estados son, por un lado, el principio de territorialidad *strictu sensu* y la ficción que sobre él se teje bajo el nombre de principio de pabellón (teoría del territorio flotante)<sup>33</sup> y, por otro lado, los referidos a la extraterritorialidad.

torialidad: principio activo de personalidad<sup>34</sup> o de nacionalidad,<sup>35</sup> principio de personalidad pasiva o de protección real<sup>36</sup> y el de jurisdicción universal.<sup>37</sup>

La extraterritorialidad del Derecho penal fue admitida en la jurisprudencia internacional. En su Sentencia del 9 de septiembre de 1927 sobre el *Caso Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional indicó que: *Aunque es cierto que en todos los sistemas legales es fundamental el carácter territorial del Derecho penal, no es menos cierto que todos o casi todos estos sistemas extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado. Consecuentemente, la territorialidad del Derecho penal no es un principio absoluto del DI y de ninguna manera coincide con la soberanía territorial.*<sup>38</sup>

Esto toma mayor justificación en casos de crímenes de DI y jurisdicción universal porque cuando son cometidos se está atacando intereses esenciales de la Comunidad Internacional, a la que pertenecen todos los Estados.<sup>39</sup> Sin embargo, aun reconociendo que la extraterritorialidad está dentro de la legalidad internacional, no hay, a priori, un orden taxativo (al menos en el marco convencional) acerca de la primacía entre uno y otro de los principios de jurisdicción penal de los Estados; y esto puede provocar controversias entre Estados en la medida en que el Estado donde se perpetraron los hechos o del que el presunto autor es nacional considere que la actuación del Estado que ejerce jurisdicción ha realizado una actuación contraria al DI. En atención a los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad,<sup>40</sup> el principio de territorialidad (Principio II) y el principio activo de personalidad (Principio V).<sup>41</sup> cobrarían prioridad; lo que relegaría a la jurisdicción universal de los Estados a un segundo plano, pero a la vez la mantendría como una *amenaza* jurisdiccional latente por si los Estados implicados en virtud a los principios antes señalados no hubieren ejercido jurisdicción.

### **El principio de jurisdicción universal**

Este principio se remonta a la práctica de la represión de la piratería y del tráfico de esclavos y, doctrinalmente, a las concepciones *ius* naturalistas de autores de la escolástica española, que desarrolló luego Grocio, para quien los crímenes, que diferencia de los delitos y contravenciones, constituían una violación al Derecho natural que rige *la societas generis humanis*. Este principio implica que cualquier Estado de la Comunidad Internacional puede ejercer jurisdicción sobre un determinado crimen, donde sea que fuere cometido, independientemente de la nacionalidad de los autores y demás partícipes o de la(s) víctima(s).<sup>42</sup>

Desde la óptica del Derecho comparado, se puede afirmar que el principio de jurisdicción universal viene siendo asumido por el Derecho interno de los Estados frente a los crímenes de DI. El Derecho de Estados como España (art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial),<sup>43</sup> Alemania (parágrafo 6.1 y 6.9 StGB), *Crimes and International Criminal Court Act* de Nueva Zelanda (2000), Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993), Portugal (art. 5 del Código penal), Perú (art. 2.5 del Código Penal),<sup>44</sup> Brasil (art. 7. I. d del Código penal), o Francia (art. 689 del Código de Procedimiento Penal),<sup>45</sup> entre otras legislaciones,<sup>46</sup> han permitido y

permiten a su justicia doméstica asumir jurisdicción frente a determinados crímenes de DI.<sup>47</sup> Asimismo, cabe señalar que la jurisdicción universal suele ser asumida por países de democracias sólidas (poderosos) frente a nacionales de países en vías de desarrollo,<sup>48</sup> salvo de alguna manera en el *Caso Hissèbre Habré*, antiguo Jefe de Estado de Chad, en Nigeria, si bien en segunda instancia se revocó la jurisdicción universal asumida en primera instancia.<sup>49</sup> La legislación arriba citada suele hacer referencia expresa a infracciones en concreto y/o a remitirse a los *tratados internacionales*. Con respecto a esta remisión del Derecho interno a los tratados internacionales como fundamento para ejercer jurisdicción universal, como expone Alcalde Fernández,<sup>50</sup> tres son las posibles interpretaciones de los tratados; sus efectos serían distintos pero, curiosamente, no siempre en función de la premisa desde la que se examinen las cláusulas de jurisdicción contenidas en los tratados:

- a) Desde una perspectiva restrictiva, apegada a la lógica de Westfalia, la premisa de partida es que no se podría presumir la jurisdicción universal en el DI general. Por esta razón, habría que entender que los tratados que la contemplan contienen la renuncia de los Estados Parte a objetar o protestar por el ejercicio de jurisdicción universal de un Estado parte en los términos contemplados en el tratado. Bajo esta perspectiva, los Estados que no sean parte de un tratado determinado no tendrían derecho a ejercer jurisdicción universal e, incluso, podrían protestar ante los Estados Parte, objetando en su caso la oponibilidad de una costumbre.
- b) Desde una perspectiva expansiva del principio de universalidad, contraria a la antes expuesta y más apegada a la lógica de Nuremberg, se presume que la Comunidad Internacional reconoce la jurisdicción universal sobre los crímenes definidos en un tratado. La adopción de un tratado determinado crea esa presunción en el DI general. Por esta razón, lo que harían los Estados Parte sería obligarse a ejercerla. Además, los Estados que no sean parte del tratado no tendrían obligación, pero sí el derecho, a ejercer tal jurisdicción. Bajo esta perspectiva, entenderíamos que la Convención contra el genocidio de 1948 (que alude al principio de territorialidad en el art. 6 y a la jurisdicción de un tribunal penal internacional) no excluye el establecimiento y ejercicio de la jurisdicción de otros Estados, puesto que el DI general no lo prohíbe. Este parecer, que coincide con lo expuesto en el *Caso Lotus*, parece ser asumida por la jurisprudencia de los Estados. En su Sentencia del 12 de diciembre de 1961 sobre el *Caso Eichman*, la Corte del Distrito de Jerusalén, rechazando que el criterio de territorialidad recogido en la Convención contra el Genocidio fuese absoluto, indicó que *cualquier Estado soberano podría ejercer su poder dentro de los límites de la costumbre internacional.*<sup>51</sup>
- c) Desde otra perspectiva, que también admite que el DI general reconoce la jurisdicción universal sobre crímenes de DI, se llega a una interpretación con un sentido completamente contrario. Esta sería que los Estados podrían ejercer jurisdicción universal, salvo aquellos Estados Parte en un tratado que no reconocen expresamente la jurisdicción universal. En este sentido, sólo los Estados que no sean parte de un tratado que no reconozca ju-

jurisdicción universal no quedarían supeditados a la restricción que el tratado impondría.

Ante esta exposición, me inclino por la segunda opción en la medida en que -en la línea de la Sentencia del 26 de enero de 1984 del Tribunal de Casación de Francia sobre el *Caso Klaus Barbie*<sup>52</sup> respecto de los crímenes contra la humanidad- los crímenes de DI *pertenecen a un orden represivo internacional al cual la noción de frontera le es extraña*. En esta dirección, como señala la Sentencia del 31 de octubre de 1985 de la Corte de Apelaciones de Columbia sobre el *Caso Demjanjuk*,<sup>53</sup> sus perpetradores vienen a ser *enemigos de todos los pueblos*, por lo que *cualquier nación que tenga a los perpetradores a su alcance debe castigar... actuando en nombre de las demás naciones*. Pues la misma gravedad de la infracción, en tanto que sus perpetradores son enemigos de todos los pueblos, habilita a todos los Estados a ejercer jurisdicción.<sup>54</sup>

No se podría estar de acuerdo con el tercer parecer porque se estaría dando la paradójica situación de que al tiempo de aceptar la existencia de la jurisdicción universal en el DI general también se estaría aceptando que los Estados podrían acordar no ejercer jurisdicción sobre un crimen determinado, lo cual podría traer como consecuencia la nulidad de dicho tratado (y de la norma interna a que diera lugar) en la medida en que sea contrario al *ius cogens* internacional, previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados (art. 53).

Por otro lado, como hemos anticipado, la demanda de responsabilidad individual en el DI no solo puede provenir del marco convencional sino también del DI consuetudinario. Esto significa que podrían haber crímenes de DI que demandan una responsabilidad sobre la base de la costumbre internacional y que por un momento no estén recogidos en tratados internacionales. En este sentido es ilustrativa la Decisión de la Sala de Apelaciones del TIPY del 2 de octubre de 1995 sobre el *Caso Tadic*. Esta, al abordar la violación al DI humanitario, señaló que una violación *debe implicar, sobre la base del DI convencional o consuetudinario, la responsabilidad criminal individual de la persona que viola la norma*. Esta misma Decisión, al pronunciarse sobre las violaciones al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, también indicó que *El Derecho consuetudinario internacional impone una responsabilidad criminal por violaciones serias del artículo 3 común, tal y como es complementado por otros principios generales y reglas de protección de las víctimas de conflicto interno, y por la vulneración de ciertos principios fundamentales y de ciertas reglas relativas a los medios y métodos de combate en conflictos civiles*. El sistema de fuentes propio del DI podría dificultar el ejercicio de jurisdicción por tribunales de los Estados sobre crímenes de DI así tipificados a través del DI consuetudinario en la medida en que el juez nacional está sometido al imperio de la ley (escrita). Asimismo, los crímenes de DI así tipificados por la costumbre internacional difícilmente podrían ser juzgados en aplicación del principio de universalidad recogido en el Derecho interno. En este sentido, es bastante interesante la redacción del artículo 5 del Código penal ecuatoriano en la medida en que no ciñéndose exclusivamente al tenor literal de los tratados internacionales, estima que *será reprimido conforme a la ley ecuatoriana el nacional o extranjero que cometa fuera del territo-*

*rio nacional... (5) Atentados contra el DI*. Esta alusión genérica a la jurisdicción del Estado a los atentados contra el DI permitiría que el juez nacional pueda ejercer jurisdicción universal sobre un crimen de DI no positivizado en el DI convencional, pero que se podría haber cristalizado a través de la costumbre internacional, pasando el juez nacional a administrar justicia en nombre de la Comunidad Internacional, como por ejemplo podría darse frente a los daños graves e intencionales al medio ambiente;<sup>55</sup> si bien la mención de *conforme a la ley ecuatoriana* implicaría subsumir los hechos en los tipos penales de Derecho interno.

#### **Limitaciones a la jurisdicción universal en razón de inmunidad**

En un proceso penal, la inmunidad constituye la falta de un presupuesto de procedibilidad. Esto conduce a un desconocimiento de determinados hechos que motivan una imputación frente a una persona que está amparada bajo esta prerrogativa. En el Derecho Internacional, están protegidas bajo esta institución: el Jefe de Estado, el Presidente del Gobierno, el Ministro de Asuntos Exteriores, los diplomáticos debidamente acreditados ante un Estado y, además, otras personas internacionalmente protegidas en tanto las funciones que ejercen en organizaciones internacionales.

En relación a los crímenes de DI, en principio, el DI desconoce la inmunidad.<sup>56</sup> La inmunidad no es óbice para que los tribunales penales internacionales puedan ejercer jurisdicción y castigar a los responsables. Sin embargo, la materialización de la responsabilidad internacional del individuo a través de la justicia doméstica bajo la jurisdicción universal aparece limitada. Pues, se observa en la práctica de los Estados que ellos se abstienen de procesar a un presunto responsable protegido por la inmunidad.<sup>57</sup>

No obstante, la justicia belga planteó la posibilidad de procesar al entonces Ministro de Asuntos Exteriores de la República del Congo. En el *Caso Yerodia Dnombasi*, Bélgica introdujo en la Interpol una orden de captura contra el mencionado ministro africano, lo que llevó a que El Congo planteara una demanda contra Bélgica ante la CIJ al considerar que Bélgica había actuado violando normas de DI referidas a la inmunidad.

En su Sentencia del 14 de febrero de 2002, la CIJ consideró que hubo violación del DI por parte de Bélgica, ya que la persona sobre quien recaía la orden de detención era una persona que gozaba de inmunidad en razón del cargo que desempeñaba.<sup>58</sup> Hay que entender que la limitación de jurisdicción en razón de la inmunidad no constituiría impunidad por las siguientes dos razones. Por un lado, la inmunidad no impide que el presunto responsable sea procesado en su país y, por otro, el bloqueo procesal a los Estados en relación a la jurisdicción universal podría activar el principio de complementariedad que rige para el ejercicio de jurisdicción por la CPI.<sup>59</sup>

#### **La Corte Penal Internacional y la relación que entraña el principio de complementariedad con respecto a la justicia de los Estados**

Una instancia jurisdiccional penal internacional se explica en varias razones, las que Cassese<sup>60</sup> esquematiza enfa-

tizando en la debilidad de la represión interna: En primer lugar, los Convenios de Ginebra sobre DI humanitario de 1949 no han sido aplicados por la justicia de los Estados, salvo en pocos casos, y los Estados no perciben la importancia que tendría llevar a otros Estados ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) por su responsabilidad en casos de genocidio. En segundo lugar, los crímenes de DI deben ser conocidos por jueces internacionales por ser violaciones al DI y ellos son los más cualificados para esto. En tercer lugar, la justicia doméstica puede verse más propensa a manipulaciones políticas que los tribunales internacionales y los procesos ante ella se minimizan por tratarse de la actividad judicial de una nación. En cuarto lugar, el castigo por un tribunal internacional, particularmente los crímenes que tienen el carácter de acto de Estado (como los cometidos por sus agentes y personal militar), encontrarían mucho menos resistencia. En quinto lugar, los jueces internacionales pueden investigar crímenes con ramificaciones en varios Estados con más facilidad que los jueces nacionales. En sexto lugar, la internacionalización del proceso contra criminales de guerra sería un gran avance en el mantenimiento de un castigo igualitario, ya que una pluralidad de tribunales estatales significa una pluralidad de penas a aplicar según donde se ventile el caso.

En virtud del Preámbulo y del art. 1 de su Estatuto, la CPI estará facultada para ejercer jurisdicción con carácter *complementario* a la justicia penal de los Estados. Ello motiva la siguiente interrogante: ¿Cualquier jurisdicción estatal es válida para enjuiciar a un presunto responsable?. Al respecto, comparto con Lattanzi<sup>61</sup> en estimar que la complementariedad ha de tenerse en cuenta únicamente respecto de ciertas jurisdicciones nacionales y teniendo en cuenta también las relaciones que la CPI tenga con los Estados más estrechamente relacionados con el crimen. Pues, ello ayudaría a reducir las posibilidades de *forum shopping* (presentación al foro de conveniencia, donde se encontrarían penas menores), y consecuentemente se reafirmaría la idea de que el DI no puede permitir la utilización de la justicia doméstica para sustraer a un individuo de su responsabilidad internacional.<sup>62</sup> No obstante, admitir este criterio restrictivo implica también una limitación al principio de jurisdicción universal en la medida en que los Estados verían reducida su jurisdicción, ya que el nexa (territorio, pabellón, nacionalidad) es irrelevante para la jurisdicción universal.

## Castigo y penas a imponer

### *Las penas a imponer por la jurisdicción doméstica: el cumplimiento de las penas y el problema del forum shopping*

La pena es una consecuencia de una conducta penalmente ilícita. La pena a imponerse como consecuencia de crímenes de DI varía según quien esté ejerciendo jurisdicción. La jurisdicción de los Estados implica una pluralidad de penas a aplicar según cual sea el Estado que ejerza jurisdicción. Esto se conoce como *forum shopping* y plantea una transgresión del principio de igualdad en la medida en que los responsables puedan presentarse al foro de su elección, pudiendo elegir entre los Estados que tengan penas más fa-

vorables, mayores beneficios penitenciarios o un poder judicial cuya independencia no es la más deseada.

La materialización de la responsabilidad criminal sobre la base del DI ante la jurisdicción de un Estado también implica hacer efectiva la responsabilidad internacional en nombre los demás Estados. Como cuando la justicia de un Estado reprime crímenes de DI el juez estatal se convierte en juez internacional y está actuando como la justicia de la Comunidad Internacional, la actividad judicial que despliega no podría ser ajena al DI. En esta línea, el ejercicio de jurisdicción internacional por parte de los Estados implica respetar la condición humana del justiciable,<sup>63</sup> respetar su derecho no solo a un proceso justo sino la humanidad en la pena. En esta dirección, dado que el Estado castigaría no en base a su *ius punendi* soberano sino en base al DI, difícilmente se podría aplicar la pena de muerte, ya que si bien el DI admite la pena de muerte como una excepción al derecho a no ser privado de la vida intencionadamente como consecuencia de la aplicación de la pena capital, no todos los Estados de esa Comunidad Internacional en cuyo nombre un Estado castiga reconocen en su Derecho interno la pena de muerte. Pues, hay un amplio sector de la Comunidad Internacional de Estados cuyo ordenamiento prohíbe la pena de muerte y sobre la cual muchos de estos Estados se han comprometido a no aplicarla a través del DI regional (Estados del Consejo de Europa y de la Organización de Estados Americanos). La postura de estos Estados no permitiría observar la existencia de una norma de DI general que ampare la pena de muerte para conductas tipificadas como crímenes de DI.

## Imprescriptibilidad

La prescripción es una institución que trae como consecuencia la extinción de la responsabilidad criminal por el transcurso del tiempo.<sup>64</sup> La Ley 10 del Consejo de Control Aliado estableció por primera vez la imprescriptibilidad de los crímenes de DI. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, señala en su artículo I que *los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio... aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.*

La Convención señala que los Estados Parte *se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a estos crímenes* (art. IV). Esta Convención fue adoptada pensando en la represión por parte de los Estados; lo que en principio nos llevaría a pensar en una norma de naturaleza non-self-executing, en tanto que requiere de la colaboración de los Estados, convirtiendo al Derecho interno en lo que Triepell llamó el *Derecho doméstico internacionalmente necesario*. El contexto político de la época no fue el mejor para su adopción, lo que explica su poca aceptación por los Estados. Sin embargo, se observa que la legislación de los Estados ha domesticado, a pesar de no ratificado,<sup>65</sup> la imprescriptibilidad contenida en la Convención: el Código penal español (arts. 131.4 y 133.2), el Código penal alemán (parágrafo 78 II) o la Ley de 16 de septiembre de 1964 de Francia son algunos ejemplos que nos muestra el Derecho comparado. Sin embargo, admitir solamente lo enunciado sería una exposición incompleta. Por un lado, la imprescriptibilidad ha sido admitida por la justicia de los Estados como un principio general del Derecho; y, por otro lado, el comportamiento de los Estados podría haber abierto el camino a la existencia de una norma internacional consuetudinaria sobre la imprescriptibilidad.

En relación a una posible norma consuetudinaria debería tenerse presente algunos precedentes que podrían haber ido incidiendo en su generación. En Francia, en el *Caso Klaus Barbie* la defensa del acusado solicitó su puesta en libertad alegando la prescripción (los hechos imputados acontecieron entre 1943 y 1944). Tal solicitud fue rechazada tanto por el Juez de Instrucción de Lyon que conocía del caso (27 de septiembre de 1983) como por el Tribunal de Apelación (28 de octubre de 1984). Ambas instancias fundamentaron su decisión en que los crímenes contra la humanidad eran imprescriptibles de acuerdo con la Ley del 26 de diciembre de 1964. La Sentencia del Tribunal de Apelación fue recurrida ante el Tribunal de Casación, el que desestimó el recurso señalando en su Sentencia del 26 de enero de 1984 que *en virtud de los principios generales del Derecho los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles*.<sup>66</sup>

En Italia, la Sentencia del Tribunal Militar de Roma del 10 de julio de 1997, que reconocía a Erich Priebke y Harol Hass como responsables de la matanza de la Foosce Arbeatina, afirmó que la imprescriptibilidad recogida en el DI convencional no es más que la *consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión*.<sup>67</sup> Para el proceso fue necesaria la extradición de Priebke desde Argentina, el que fue facilitado por la Corte Suprema de Justicia de esta nación. La justicia argentina rechazó la prescripción de los hechos imputados reconociendo la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción penal sobre la base de la naturaleza de crimen de DI propia de la imputación.<sup>68</sup>

En Hungría, el Tribunal Constitucional en su sentencia número 53 de 1993 presenta argumentos parecidos a los de la justicia argentina en el sentido de que la imprescriptibilidad obedecería a la naturaleza coactiva de la norma internacional incriminadora.<sup>69</sup>

El comportamiento estatal descrito permitiría pensar en que hay elementos suficientes para plantearse la existencia

de una norma internacional de origen consuetudinario en la medida en que existan los elementos constitutivos de una costumbre internacional (*opinio iuris* y práctica repetitiva). La Convención de 1968, la Convención Europea contra la Imprescriptibilidad de 1974 y la legislación interna de los Estados podrían entenderse como la *opinio iuris* de los Estados, a la que se le sumaría la práctica judicial aludidas y las normas de Derecho interno (en tanto práctica judicial y legislativa del Estado).

### **Problemas que plantea el tiempo que transcurre**

La imprescriptibilidad plantea un problema de prueba y reconocimiento. Un proceso ante la justicia interna lo hizo perceptible: el *Caso Demjanjuk*, ventilado ante la justicia israelí, donde afloró la duda sobre la identidad del procesado.

Tras ser extraditado desde los Estados Unidos con fundadas sospechas de ser Iván *el terrible*, operador encargado de las cámaras de gas en el campo de concentración de Treblinka (Polonia), John Iván Demjanjuk fue procesado por el Tribunal del Distrito de Jerusalén y declarado culpable en la Sentencia del 25 de abril de 1988, bajo la acusación, entre otras, de crímenes contra la humanidad. Posteriormente, el Tribunal Supremo del Estado de Israel llegó a la conclusión de que quedaba probado que Demjanjuk fue vigilante de las SS en el campo de entrenamiento de Trawniki y en los campos de concentración de Sobibor y Treblinka y que fue parte de la maquinaria nazi. Sin embargo, a pesar de la existencia de estos hechos probados, el Tribunal Supremo no quedó convencido de que el extraditado fuera verdaderamente el imputado en el proceso en cuestión. Por esta razón, invocando el beneficio de la duda, justificó la absolución del presunto Iván *el terrible* (*por el beneficio de la duda no podemos determinar que se trate de Iván el terrible*) y por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de julio de 1993 revocó la pena capital *por falta de pruebas en su identificación* y se decretó su deportación.<sup>70</sup>

Este problema quedaría superado con la entrada en vigor del Estatuto de Roma y la relación de subsidiariedad que mantiene la CPI con respecto de la jurisdicción de los Estados. De allí que sea necesario el ejercicio de jurisdicción lo antes posible para evitar problemas con la identificación. Pues, las transformaciones físicas propias de más de cuarenta años transcurridos motivaron la duda acerca de si Iván Demjanjuk era el buscado Iván *el terrible* supuestamente extraditado.

### **Cooperación internacional, extradición y no extradición de nacionales**

El ejercicio efectivo de jurisdicción y el consecuente castigo exige una cooperación internacional. Esta cooperación se materializa a través de diferentes instituciones procesales como la extradición (a otro Estado).<sup>71</sup> La entrega (de una persona hecha por un Estado a la CPI), las comisiones rogatorias, los exhortos, etc.

Al margen del sistema procesal interno y los tratados bilaterales que pueden facilitar la cooperación, a la luz del DI general el sistema de represión internacional de los crímenes en cuestión difícilmente podría dejarse a la entera voluntad de los Estados en tanto que estamos hablando de

protección (penal) de los derechos humanos. En esta línea, tomando partido de la posición particular del Juez Tanaka en la Sentencia de la CIJ del 18 de julio de 1966 sobre el *Asunto del Sud-Este Africano*, cabe reconocer que la protección de los derechos humanos es una norma jurídica *al amparo de las tres fuentes del DI: i) los convenios internacionales; ii) la costumbre internacional; y iii) los principios generales del Derecho*.<sup>72</sup> Los Estados tienen una triple obligación internacional de cooperar con la protección (penal) que otros Estados de la Comunidad Internacional brindan a los derechos humanos.

#### **La extradición y el principio *aut dedere aut iudicare*: el sometimiento del juez al imperio de la ley (escrita)**

El principio *aut dedere aut iudicare* está íntimamente relacionado con la extradición y plantea la disyuntiva de extraditar o juzgar.<sup>73</sup>

Como es sabido, el resultado de una solicitud de extradición puede ser favorable o denegada. La denegación puede obedecer a razones políticas, a falta de convenio (donde entrará en juego el principio de reciprocidad), a que en el Estado solicitante no presente las debidas garantías para un proceso justo,<sup>74</sup> o a que en él se pudiera castigar con penas contrarias a obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado requerido.<sup>75</sup>

Bajo la perspectiva de que la prohibición y consecuente represión de las graves violaciones de derechos humanos se enmarcarían dentro del *ius cogens* internacional, los procesos de extradición por los crímenes en cuestión difícilmente podrían ceñirse exclusivamente a los acuerdos bilaterales entre el Estado solicitante y el Estado requerido. De allí que sea más coherente reconocer la vigencia del DI más allá de la bilateralidad entre los Estados inmersos en un proceso o la aplicación del DI general.<sup>76</sup> Pues, una negativa a la extradición acompañada de una negativa a ejercer jurisdicción, al margen de producir impunidad (y por lo tanto carecer de efectos jurídicos en el DI de la responsabilidad individual<sup>77</sup>) puede conducir a la responsabilidad del Estado denegante que cobija en la medida en que este esté prestando su territorio para facilitar eludir la acción de la justicia penal internacional y/o menoscabar el derecho de otro Estado para procesar a la persona que está protegiendo. En este sentido, el principio *aut dedere aut iudicare* asegura que las personas responsables de crímenes especialmente graves sean sometidas a la justicia, previendo el enjuiciamiento y castigo efectivos de esas personas por una jurisdicción competente.<sup>78</sup> En este sentido, dado que el Derecho interno de los Estados se muestra muchas veces reacio a la extradición de nacionales, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho vincularían a los Estados independientemente de sus estipulaciones de Derecho interno en los casos de denegación en la medida en que como afirma Basiouni<sup>79</sup> ante una negativa, por el mero hecho de que muchos convenios hayan impuesto la disyuntiva *aut dedere aut iudicare* es posible que el deber de extraditar o juzgar, sin juzgar los efectos específicos de estos convenios, haya entrado a formar parte del DI consuetudinario y forme parte de los principios generales del Derecho.<sup>80</sup>

Por otro lado, en los países de tradición continental es posible encontrarse con que los jueces no puedan ejercer jurisdicción porque el Derecho doméstico carece de un meca-

nismo para ejercer jurisdicción sobre hechos ocurridos en otro Estado y/o porque su Derecho penal interno no tipifican los crímenes de DI por los que se solicita una extradición y que debería juzgar. Ante esta hipótesis, hay que tener presente que la actuación judicial es un acto de Estado, que como tal es achacable a él. Los Estados como parte de la Comunidad Internacional en que están inmersos se rigen por el DI y por lo tanto no podrían ampararse en un defecto de Derecho interno para desvincularse de la disyuntiva que plantearía el principio *aut dedere aut iudicare*.

En el marco del Derecho interno, el hecho de que el juez nacional ejerciera jurisdicción sin que el ordenamiento doméstico se lo permita podría llevar a la figura de la prevaricación judicial en la medida en que este esté *desobedeciendo* el imperio de la ley a la que está sometido. Ante la hipótesis planteada hay que tener presente que en los crímenes de DI la actuación judicial y el consecuente castigo no se derivan del poder punitivo del Estado *strictu sensu*, ni puede considerarse el proceso y condena como un acto de soberanía (*ius punendi*), al menos en la concepción del poder punitivo del Estado que derivado del *ius punendi* soberanía. Sino que, el ejercicio de jurisdicción del juez nacional habrá de considerarse en este supuesto como la participación del Estado, a través de sus órganos judiciales, en el sistema internacional de justicia penal. Ante una negativa a la extradición, los Estados como parte de la Comunidad Internacional de Estados tienen la obligación de ejercer jurisdicción y, en tales circunstancias, el juez nacional no actúa exclusivamente como poder (judicial) del Estado, sino que es el Estado quien actúa a través de sus órganos judiciales. En esta dirección, el deber del Estado de ejercer jurisdicción ante la negada extradición convierte a los tribunales domésticos en el encargado de realizar el proceso por imperativo del DI en tanto sus funciones (judiciales) dentro de las competencias y organización del Estado. Esta afirmación se corrobora por el hecho de que un proceso celebrado ante los otros poderes del Estado sería inaceptable por el DI en la medida en que se estarían violando los derechos del acusado.<sup>81</sup> De esta manera la obligación de procesar recae en la justicia de los Estados y en la persona de sus jueces. Esto nos lleva a decir que frente a la figura de la prevaricación judicial que se expone, el mismo Derecho interno de los Estados exime de responsabilidad penal al juez nacional en tanto la figura del *cumplimiento de un deber*.<sup>82</sup> Sin embargo, aún asumiendo la alternativa arriba descrita, luego aparece el problema de qué pena aplicar, lo que podrá hacer que el tema de la prevaricación judicial vuelva a aparecer.

#### **La Euroorden: hacia la libre circulación de las decisiones judiciales estatales**

En el ámbito europeo, la *Euroorden* es una innovación que suprime los procedimientos tradicionales de extradición. Esta figura fue introducida por la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros de la Unión Europea.<sup>83</sup> Su fecha de entrada en vigor es el 1 de enero del 2004 y su fundamento es el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal. Esta novedad procesal es posible en el contexto de democracias consolidadas que comparten valores comunes y cuyos ordenamientos contienen las debidas garantías

procesales y humanidad en la pena que exigen la condición humana de la persona a entregar.

Con la *Euroorden* se establece un sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas, de un Estado a otro, tanto para que cumplan condena como para que sean procesadas. Este mecanismo de cooperación supera los inconvenientes de doble incriminación y amplía los ámbitos delictivos, dentro de los cuales encontramos a los crímenes de DI.

En relación a los crímenes de DI, la *Euroorden* es un instrumento limitado porque sólo podría haber lugar a la entrega cuando se trate crímenes que sean jurisdicción de la CPI (art. 2.2), pero no cuando se trate de un crimen de DI no contemplado en el Estatuto de la CPI. El avance presenta como inconveniente el que como no todos los crímenes de DI están incluidos en el Estatuto de la CPI, no todos los crímenes de DI podrían ser objeto de entrega bajo la *Euroorden*. Sin embargo, en el marco de la *Euroorden* existe un ámbito delincencial que permitiría la entrega de personas acusadas de conductas que podrían constituir crímenes de DI, como lo son terrorismo, los daños graves e intencionales al medio ambiente o los delitos contra la vida.

## Breve referencia al derecho español y la represión de los crímenes de Derecho Internacional

### Tipicidad y penas

El legislador ha introducido a través del Título XXIV del código penal de 1995 y bajo la rúbrica de *Delitos contra la Comunidad Internacional* algunos de los delitos que aquí se tratan.<sup>84</sup> El Código penal (CP) dispone estos delitos se castiguen con penas que se aplican independientemente de la pena que correspondería a una persona responsable por el daño producido. Esto hace suponer que el Derecho interno reconoce un grado de criminalidad superior a los demás delitos, máxime si esto es aplicable a los delitos de tortura que el CP recoge (art. 177). Pues, la condena es la suma de la pena que corresponde a uno de los delitos descritos más la que le corresponde al resultado causado. Asimismo, el Título III del Código Penal Militar recoge los crímenes de guerra en el Derecho castrense bajo la rúbrica de *Delitos contra las leyes y usos de la guerra* y prevé distintas penas según el delito que se trate.<sup>85</sup>

Pese a la intención del legislador de adaptar el Derecho penal interno al DI penal, no es posible asumir plenamente la idea de que el Derecho español tenga tipificados los crímenes de DI. Especial mención en este aspecto merecen los crímenes contra la humanidad. El CP recoge los crímenes contra la humanidad de manera dispersa y no como tales, sino que tipifica las conductas subyacentes (ej. tortura, violación, asesinato, etc). Tal como está el actual código es posible castigar estas conductas subsumiendo los hechos en distintas figuras delictivas, tal como asesinato, tortura, coacciones, etc.

### Jurisdicción

El art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) determina en el Derecho interno la jurisdicción española en materia penal. Este precepto reivindica el principio de territorialidad y el de *de pabellón*, el principio activo de personalidad, el principio de protección real o de intereses, y el principio de jurisdicción universal.<sup>86</sup> Para la aplicación de los principios de protección real y de jurisdicción universal es necesario que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Y si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.<sup>87</sup>

### Imprescriptibilidad

Al tenor literal del ordenamiento interno, el único delito que no prescribe sería el genocidio. El artículo 131.4 señala que el crimen no prescribe y el artículo 133.2 indica que las penas impuestas por genocidio tampoco. Sin embargo, y al hilo de la no tipicidad de otros crímenes de DI en el ordenamiento español, el legislador tampoco ha previsto la imprescriptibilidad de otros crímenes de DI.

## Conclusiones

Con respecto a la sintonía del Derecho interno con la represión de los crímenes de DI, los Estados deberían adaptar su legislación aprovechando la tipicidad del Estatuto de la CPI y la coyuntura de su implementación en el ordenamiento interno.<sup>88</sup> Por ejemplo, en el caso español sería muy acertada la incorporación de los crímenes contra la humanidad en un capítulo autónomo dentro del título referente a los *Delitos contra la comunidad internacional*, tal y como están redactados en el Estatuto de Roma. Pues, subsumir hechos constitutivos de crímenes de DI en tipos de Derecho doméstico, permitiría castigar en cierta medida los crímenes de DI, pero esta opción ubicaría a los crímenes de DI en el mismo grado de criminalidad que los delitos ordinarios, pudiendo darse el indeseado caso que algunos crímenes contra la humanidad sean castigados como delitos comunes, como podría ocurrir con la esclavitud, crimen que en la hipótesis de ser subsumido en un tipo de Derecho penal interno podría en algún caso ser castigado como simples coacciones (art. 172 CP).

Con respecto a si la justicia de los Estados sintoniza el DI, las recientes actuaciones judiciales de diferentes Estados permiten observar que el principio de responsabilidad internacional del individuo viene siendo asumido por los Estados incluso más allá de sus fronteras. En este sentido, es también muy importante resaltar que el DI general se construye con la participación de todos los Estados. El hecho de que estos hayan realizado una actividad legislativa y judicial importa a la hora de la generación de normas internacionales consuetudinarias que luego podrían ser recogidas en instrumentos convencionales. Un ejemplo de esta alusión (sintonía del DI de las tradiciones jurídicas de los Estados) es lo ocurrido con el miedo insuperable en el Caso *Erdemovic* ante el TIPY, donde el Derecho penal de tradición continental y el *common law* se vieron enfrentados en un contexto en el que el Estatuto del TIPY no preveía esta

circunstancia. Posteriormente, el Estatuto de la CPI recoge el miedo insuperable.<sup>89</sup>

Con respecto a acerca de que apreciaciones *de lege ferenda* cabrían hacer, hay que tener presente dos aspectos: uno de carácter penal sustantivo y otros de carácter procesal.

En cuanto al Derecho penal sustantivo, el hecho de que el Estado no se vea obligado a tipificar los crímenes de DI previstos en el Estatuto de Roma en el Derecho interno, no significa que ello no sea aconsejable. En este sentido, tal como lo indica el Dictamen 1374/99 del Consejo de Estado de España, sería conveniente introducir una tipicidad autónoma de los crímenes contra la humanidad en el CP y hacer que el Derecho español guarde sintonía con el Estatuto de Roma. En caso contrario, podría darse la situación de que el juez nacional no pueda ejercer jurisdicción y emitir una sentencia condenatoria por deficiencia del Derecho interno, lo que sumado a la falta de una iniciativa legislativa podría ser interpretado como falta de disposición para materializar la responsabilidad, supuesto que activaría el principio de complementariedad de la CPI.<sup>90</sup>

En cuanto al Derecho procesal, hay que tener en cuenta que la necesidad de adaptar el Derecho doméstico al Estatuto de la CPI no sólo obedece a la naturaleza convencional del Estatuto (en cuanto las normas *non-self-executing* que contiene) sino también a los derechos de las personas a enjuiciar. Una conculcación de estos derechos podría ser el caso de un detenido que no pudiera ser entregado a la CPI por que, a entender de la justicia nacional, no existiera un mecanismo ajustado a Derecho (interno) para ello. Esto podría provocar una indeseada demora en la entrega y consecuentemente la celebración de un juicio tardío que podría ser en algún caso contrario a la Carta de los Derechos Humanos en la medida que contravenga lo establecido en el art. 9.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que dice que *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funciona-*

*rio autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.* Además, el propio Estatuto reconoce el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (67.1 b).

Asimismo, en un Derecho doméstico como el español, importa recordar que la LOPJ reconoce la jurisdicción universal para cualquier delito cuando este *según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.* Bajo esta perspectiva es posible extender la jurisdicción española a los crímenes del Estatuto de la CPI en tanto su naturaleza convencional.<sup>91</sup> Sin embargo, también hay que recordar que la no inclusión de algunos crímenes de DI en el Estatuto de Roma deja su represión en manos de los Estados, de allí que el legislador nacional deba estar a la vanguardia del desarrollo progresivo del DI penal para ejercer jurisdicción sobre los crímenes de DI que quedaron fuera del Estatuto de Roma, como podría ser el caso de la contaminación grave y dolosa al medio ambiente.<sup>92</sup>

Por otro lado, una total armonización del Derecho estatal con el Estatuto de la CPI implica asumir la imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión. Puede haber vacíos al respecto, como por ejemplo en el caso español el ordenamiento solamente reconoce la imprescriptibilidad del genocidio, y el Código Penal Militar no alude la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra. Pues, los Estados deberían tomar medidas legislativas para contemplarla respecto a todos los crímenes de DI, ya que aplicar la regla de la prescripción a crímenes de DI en un proceso podría llevar a activar el principio de complementariedad que rige para el funcionamiento de la CPI. La falta de un presupuesto de procedibilidad como puede ser la prescripción impide el proceso ante la justicia de un Estado pero no vincula a otras jurisdicciones, ni domésticas ni internacionales.

## Notas

- 1 Vid. Biddle *Le procès de Nuremberg*. Revue Internationale de Droit Pénal. 1948. Pags. 1-20; Descheemaeker *Le jugement des grans criminels de guerre*. Revue Générale de Droit International Public. 1946. Pags. 210-331; Donnedieu de Vabres *Les proces de Nuremberg devant les principes modernes du Droit penal*. Recueil of the Courses of The Hague Academy. T. 70. 1947. Pags. 481 y ss; los documentos referentes al proceso de Nuremberg están disponibles en la web: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judcont.htm>
- 2 Se trata de un sistema que se construye lentamente a través de las diferentes fuentes del DI, y que topa con problemas estructurales de la comunidad internacional tanto en su cristalización (sea a través de la costumbre o de su positivización) como en su aplicación (recepción en el Derecho interno y laberintos procesales). Vid. Bassiouni *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Kluwer Law International. La Haya, 1999. Pags. 1-40; Glaser *Droit international pénal conventionnel*. Etablissements Emile Bruylant. Bruselas, 1970. Pags. 15-47; Szurek *La formation du Droit international*, en Ascencio, Decaux y Pellet *Droit international pénal*. Pedone. París, 2000. Pags. 7-22; Shwarzinger *The Problem of an International Criminal Law*, en Mueller y Wise (Editores) *International criminal law*. South Hackensack. New Jersey, 1965. Pags. 3-36; Abellán *La responsabilité internationale de l'individu*. Recueil of the Courses of The Hague Academy. T. 280. 1999. Pags. 139 y ss.
- 3 Entre otros, Caso Refik Saric (1994) ante la justicia danesa; Caso Regina c. Finta en Canadá (1994); Caso Polyukhovic (1991) ante la justicia australiana; Caso Ely Ould

## Notas

Dha en Francia (2001) Caso Jorgic (1999) ante la justicia alemana; Caso Sawoniuk en el Reino Unido (1999); Caso Pinochet (1998-1999). Sobre el Caso Pinochet, vid. Alcaide Fernández y MARQUEZ CARRASCO *In Re Pinochet et al.* American Journal of International Law. 1999. Pags. 690-696; Bantekas *The Pinochet Affair in International Law*. Revue Hellénique du Droit International. 1/1999. Pags. 119-129; Barboza *International Criminal Law*. Recueil of the Courses of The Hague Academy. T. 280. 1999. Pags. 170 y ss; Bianchi *Immunity vs. Human Rights: The Pinochet Case*. European Journal of International Law. Vol. 10. Nº 2. Pags. 237-277; Mahmoud *Les leçons de l'affaire Pinochet*. Journal du Droit International. 1999. T. 126. Nº 4. Pags. 1022-1041; Martín Canivell *El Caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores*, en Bacigalupo Zapater (Director) *El Derecho penal internacional*. CGPJ. Madrid, 2002. Pags. 37 y ss; Villalpando *L'affaire Pinochet: Beaucoup de Bruit pour rein? L'apport au Droit international de la Décision de la Chambre des Lores du 24 mars 1999*. Revue Générale de Droit International Public. Nº 00/2. 2000. Pags. 393-421; Weyemberg *Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeerch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998*. Revue Belge du Droit International. Vol XXXII. 1999-1. Pags. 178-191. Pags. 393-427. Sobre la petición de Francia, vid. American Journal of International Law. Vol. 93. Nº 3. Pags. 696-700; sobre la petición de Bélgica, vid. American Journal of International Law. Vol. 93. Nº 3. Pags. 700-703; Weyemberg. Op. Cit. Pags. 180-200); Caso Butare (2001) ante la justicia belga. Vid. Bemvenuti *The Repression of Crimes Against Humanity, War Crimes and Genocide through National Courts*. Jus-Rivista di Scienze Giuridiche. XLVI. 1999. Pags. 149 y ss. También, Cassese y Delmas-Marty (eds.) *Juridictions nationales et crimes internationaux* Presses Universitaires de France, 2002; Röling *The Law of War and the National Jurisdiction since 1945*. Recueil of the Courses of The Hague Academy. T. 100. 1960. Pags. 323-456; Bacigalupo Zapater *Jurisdicción penal internacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero*, en Bacigalupo Zapater (Director) *El Derecho penal internacional*. Op. Cit. Pags. 201 y ss.

- 4 Vid.; Graven *Les crimes contre l'humanité*. Recueil of the Courses of The Hague Academy. T. 76. 1950. Pags. 433 y ss; Bassiouuni *An Appraisal of the Growth and Developing Trends of International Criminal Law*. Revue Internationale de Droit Pénal. 3 et 4 trimestre. 1974. Nº 3 et 4. Pags. 405-433; *Le droit pénal international: son histoire, son objet, son contenu*. Revue Internationale de Droit Pénal. 1 et 2 trimestre. 1981. Pags. 1 y ss; Cornil *Les possibilités de Droit international pénal*. Revue Internationale de Droit Pénal. 1 et 2 trimestre. 1956. Nº 1 et 2. Pags. 9-32; Donnedieu de Vabres *Les leçons de l'histoire et le progrès du Droit pénal international*. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. 1951. Pags. 373-392; Glaser *L'acte d'état y et le problème de la responsabilité individuelle*. Revue de Droit Pénal et Criminologie. 1950. Pags. 1-17; Malézieux *Le statut international des criminels de guerre*. Revue Générale de Droit International Public. 1941-1945. Vol. II. Pags. 167-180; Markus *Les possibilités et les conditions de la juridiction pénale internationale*. Revue Internationale de Droit Pénal. 3 et 4 trimestre. 1974. Nº 3 et 4. Pags. 453-461; Pella *La guerre-crime et les criminels de guerre*. Éditions de la Baconnière. Nauchatel, 1964. Pag. 1 y ss; *Fonctions pacificatrices du Droit pénale supranational et se fin du systeme traditionnel des traités de paix*. Revue Générale de Droit International Public. 1947. Pags. 1-27; Kuntz *La problemática actual de las leyes de la guerra*. Cuadernos de la Cátedra Dr. James Brown Scott. Universidad de Valladolid, 1955; Schwelb *Crimes against Humanity*. British Yearbook of International Law. 1946. Pags. 178 y ss, *The United Nations War Crime Commission* (en el mismo volumen). Pags. 363-376; Spiropoulos *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*. Revue Hellénique de Droit International. 1950. Pags. 141-198; Rappaport *L'esprit de Genève en Droit Pénal Comparé*. Revue Internationale de Droit Pénal. 1 et 2 trimestre. 1956. Nº 1 et 2. Pags. 33-36.
- 5 Una interesante recopilación de textos de DI penal contiene la web siguiente, de la Comisión Andina de Juristas, <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/pid/prin.htm>. El Instituto Max Planck para el Derecho Penal extranjero e internacional de Friburgo ofrece web sobre temas afines, [http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/intstraf\\_es.html](http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/intstraf_es.html).

## Notas

- 6 Graditsky *Individual criminal responsibility for violations of international humanitarian law committed in non-international armed conflicts*. *International Review of the Red Cross*. 1998. Nº 322. Pags.29-56.
- 7 Vid. Fernández de Casadevante *El poder y el Derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad*, en *Las Naciones Unidas y el Derecho internacional* (de él mismo y Quel López). Ariel. Barcelona, 1997. Pags. 40-68. Sobre las jurisdicciones penales ad hoc es interesante el documento abierto de la Revista Internacional de la Cruz Roja. Nº 144.
- 8 <http://www.ictt.org/i>
- 9 <http://www.un.org/itcy/>
- 10 Vid. Gil Gil *Tribunales penales internacionales*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 1. 2000. Pags. 35-58.
- 11 Sobre la CPI, vid. Quel López (Edición a cargo de) *La creación de una jurisdicción penal internacional*. Escuela Diplomática. Aepdiri. boe. Madrid, 2000; Condorelli *La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli ...)*. *Revue Générale de Droit International Public*. Tome 103. 1999/1. Pag. 1 y ss; Triffeterer (Editor) *Commentary on The Rome Statute of the International Criminal Court*. Baden-Baden, 1999; Carrillo Salcedo (Director) *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000; Lattanzi y Schabas *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Roma, 2000; Lattanzi y Sciso (A la cura di) *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte Permanente*. Editoriale Scientifica. Nápoles, 1996; Lirola Delgado y Marrín Martínez *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*. Ariel. Barcelona, 2001; Salmón Gárate (Coordinadora) *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2001; Schabas *An Introduction to The International Criminal Court*. Cambridge University Press, 2001; Von Hebel, Lammers y Shukking (editores) *Reflections on the International Criminal Court*. T.M.C. Asser Press. La Haya, 1999. Cassese, Gaeta y Jones (Ed) *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*. Oxford University Press. 2002. Vols. I y II. Cassese *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*. *European Journal of International Law*. Vol. 10. Nº 1. Pags. 144- 171; Bassiouni *Nota explicativa sobre el Estatuto de la Corte Penal internacional*. *Revue Internationale de Droit Penal*. /1 ème année. 1er/2ème. Trimestres. 2000. Pags. 1-39; Broomhall *La Corte Penal Internacional: visión general y cooperación con los Estados*. *Nouvelles Études Pénales*.1999. Pags. 45 y ss; y mi trabajo *La Corte penal Internacional: el impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (U. de Granada). Nº 4. 2002. <http://criminnet.ugr.es/recpc/>
- 12 Vid. Arts. 5 a 9 del Estatuto. El Estatuto está disponible en: <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>. La lista de ratificaciones está disponible en: <http://www.un.org/law/icc/statute/status.htm>
- 13 Un desarrollo de esta afirmación puede verse en Bassiouni *Crimes Against Humanity*. Kluwer Law International. La Haya/Londres/Boston, 1999. Pags. 177 y ss.
- 14 Vid. Arts. 1 y17 a 20 del Estatuto de la CPI.
- 15 Muñoz Conde y García Arán *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo blanch. Valencia 2000. Pag. 285.
- 16 Vid. TOMUSCHAT *Cristallisation Coutumière*, en Ascencio, Decaux y Pellt, Op. Cit. Pags. 23 y ss, principalmente desde la 30. Un buen ejemplo del reconocimiento de la costumbre y los principios como fuente del DI penal la encontramos en la Decisión de la Sala de Apelaciones del TIPY del 2 de octubre de 1995 (Caso The Prosecutor vs. Dusko Tadic), la que al pronunciarse sobre las violaciones al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, manifiesta que *El Derecho consuetudinario internacional impone una responsabilidad criminal por violaciones serias del artículo 3 común, tal y como es complementado por otros principios generales y reglas de protección de las víctimas de conflicto interno, y por la vulneración de ciertos principios fundamentales y de ciertas reglas relativas a los medios y métodos de combate en conflictos civiles*. Es necesario señalar que se han planteado reflexiones en sobre la fundamentación de la responsabilidad internacional sobre la costumbre y los PGD, vid. Cuerda Riesu y Ruíz Colomé *Observaciones sobre el Estatuto*

## Notas

del Tribunal Penal Internacional, en Cerezo Mir, Suarez Montes, Baristain Ipiña y Romeo (Editores) *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*. Editorial Comares. Granada 1999. Pag. 126.

- 17 Quintero Olivares *Derecho penal: parte general*. Cedecs. Barcelona, 1996. Pags. 29-42 y 261 y ss; Mir Puig *Derecho penal: parte general*. Barcelona, 1998. Pags 75 y ss y 131; Cerezo Mir *Curso de Derecho penal español I* (introducción). Tecnos. Madrid, 1996. Pags. 149 y ss; Polaino Nabarrete *Derecho penal: parte general*. Bosch. Barcelona, 2001. Pags. 374 y ss.
- 18 Vid. *Present Situation, Vision and Future Perspectives*, en Esser y Lagodny (Editores) *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*. Max Plank Institute für ausländisches und internationales Strafrech. Friburgo, 1992. Pags. 377-379.
- 19 Vid. Brownlie *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. 1998. Pags. 308-309 y 565-568.
- 20 Vid. Gil *Derecho penal internacional*. Tecnos. Madrid, 1999. Pags. 42-52; Lirola Delgado y Martín Martínez *La Corte Penal Internacional*. Ariel Derecho. Barcelona, 2001. Pags. 11-13. Thiam alude a tres tipos de criminalidad internacional: a) los crímenes de DI que por su misma naturaleza ofenden los valores de la comunidad internacional; b) los crímenes que se convierten en internacionales porque las necesidades de su represión han motivado que los Estados se pongan de acuerdo a través de tratados internacionales; y c) los casos en que, por un concurso de circunstancias, el crimen pasa del Derecho interno al internacional (Primer Informe sobre el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Doc. A/CN.4/365, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1983. Vol. II. Parte Primera. Pags. 152-153.
- 21 Traducción extraída de Abellán Honrubia *Prácticas de Derecho Internacional Público*. J.M. Bosch editor. Barcelona, 2001. Pag. 376.
- 22 Los crímenes contra la humanidad encontraban, en el mejor de los casos, conductas dispersas a través de tratados internacionales que en algún momento podrían constituir crímenes contra la humanidad, como ocurría en la tortura en la Convención contra la Tortura de 1984 o el crimen de apartheid en la Convención contra el Apartheid de 1973. Estos tratados tuvieron el mérito de definir conductas que en algún caso podrían constituir crímenes contra la humanidad.
- 23 No obstante, téngase en cuenta que de alguna manera la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad de 1968 definían los crímenes contra la humanidad remitiéndose al Estatuto de Nuremberg y añadiendo a estos el apartheid y el genocidio (art. 1).
- 24 Barboza. Op. Cit. Pag. 39. Vid. Principio VI de los Principios de Nuremberg.
- 25 Vid. Cassese, Gaeta y Joes (Ed) *The Rome Statute of the International....* Op. Cit. Vol. I. Pags. 373-377.
- 26 Una descripción mas amplia de estos crímenes puede encontrarse en Rueda Fernández *Delitos de Derecho internacional*. Bosch. Barcelona, 2001. Pags. 107 y ss.
- 27 El artículo 2 de la Convención contra el Genocidio de 1948 señala que *se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*. El tenor literal de la Convención ha sido mantenida en los Estatutos del TIPY (art. 4), del TIPR (art.2) y de la CPI (art. 6).
- 28 El art. 8 del Estatuto de la CPI tipifica como crímenes de guerra: a) *Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del DI; c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables; e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de DI* (Véase la redacción

## Notas

- completa del Estatuto).
- 29 El art. 7 del Estatuto de la CPI considera crímenes contra la humanidad: a) *Asesinato*; b) *Exterminio*; c) *Esclavitud*; d) *Deportación o traslado forzoso de población*; e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de DI*; f) *Tortura*; g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable*; h) *Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género..., u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al DI, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la CPI*; i) *Desaparición forzada de personas*; j) *El crimen de apartheid*; k) *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*. La tipicidad presenta un elemento necesario de la conducta y es cuando esta se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.
- 30 Vid. Resolución 3314 (XXIX) del 4 de diciembre de 1974.
- 31 En conexión a la tipicidad de los crímenes de DI, importa subrayar los elementos de cada crimen. Sobre el origen, desarrollo y elementos de los crímenes contra la humanidad, vid. Distein *Crimes against Humanity after Tadic*. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 13. 373-394; Ambos y Wirth *The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*. *Criminal Law Forum*. Vol. 13. 2000. Pags. 1-90. En materia de genocidio, Schabas *Jelise & Cacute; Case and the Mens Rea of The Crime of Genocide*. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 14. 2001. Pags. 125-139; Triffterer *Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such*. *Leiden Journal of International Law*. Nº 14. 2001. Pags. 399-408; y mi trabajo *El crimen de genocidio*. *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Nº 9. Pags. 34-46.
- 32 La fórmula de los tribunales mixtos es una tipología sui generis de jurisdicción penal internacional. Debido a su composición, no estamos frente a tribunales internacionales strictu sensu, porque los Estados en cuyo territorio se cometieron crímenes participan en la elección de los jueces; pero tampoco ante una jurisdicción interna tal como la entendemos. Un caso de este tipo de tribunales es la Corte Especial para Sierra Leona creada por el Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona del 16 de enero del 2002. Según su Estatuto ejercerá jurisdicción concurrentemente con los tribunales internos del país (art. 8). El Derecho penal sustantivo y los crímenes sobre los que ejerce jurisdicción *ratione materiae* aparecen en su Estatuto, a saber, crímenes contra la humanidad (art. 2), violaciones al art. 3 común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II (art. 3), otras serias violaciones al DI humanitario (art.4) y crímenes bajo el Derecho penal interno de Sierra Leona (art. 5). Vid. Linton *Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice*. *Criminal Law Forum*. Nº 12. 2001. Pags. 185-246. El Estatuto está disponible en: <http://www.sierra-leone.org/specialcourtstatute.html>
- 33 Vid. Jescheck y Weigend *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Duncker & Humboldt. Berlín, 1996. Pag. 168; Momtaz *The High Seas*, en Dupuy y Vignes (editores) *A Handbook of the New Law of the Sea*. Hague Academy of International Law. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991. Pags. 401-415.
- 34 El Caso Delano Bouterse planteó la posibilidad de procesar al antiguo dictador de Surinam en Holanda. Sin embargo, tras constatarse que carecía de nacionalidad holandesa, la justicia holandesa rechazó en un primer momento su jurisdicción para luego asumirla en virtud del principio de jurisdicción universal.
- 35 Vid. Brownlie, Op. Cit. Pag. 306; Distein *The Extra-territorial Jurisdiction of the States: The Protective Principle*. *Annuaire d'Institute du Droit International*. 1993. Pags. 305 y ss.
- 36 Remiro Brotóns *Derecho Internacional*. Mc Graw Hill. Madrid, 1997. Pag. 82.
- 37 Vid. Gaeta *Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux*, en Cassese y Delmas-Marty (Directores) *Crimes internationaux et juridictions internationales*. PUF. París, 2002. Pags. 191 y ss.

## Notas

- 38 CPII (Serie A. N° 10. Pag. 20).
- 39 Vid. la Resolución 3 (I) del 13 de febrero de la AGNU sobre la Extradición y Castigo de Criminales de Guerra y el Principio V de los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad.
- 40 Estos fueron proclamados por la Resolución 3074 (XXVIII) de la AGNU del 3 de diciembre de 1973.
- 41 También téngase en cuenta que el artículo VI de la Convención contra el Genocidio de 1948 prevé el enjuiciamiento de los responsables por la justicia doméstica en torno al principio de territorialidad. Sin embargo, este precepto no es considerado como excluyente de otras jurisdicciones.
- 42 Acerca de este principio, vid. Stern *A propos de la competence universelle...*, en Yakpo y Boumedra (Editores) *Liber Amicorum Mohamed Bedjaoui*. Kluwer Law International. La Haya, 1999. Pags. 737 y ss; Zakane *La Competence universelle des États dans le Droit international contemporain*. African Yearbook of International Law. Vol. 8. 2000. Pags. 183 y ss. Aporta una interesante bibliografía sobre este principio, Hays Butler *The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of the Literature*. Criminal Law Forum. Vol. 11. N° 3. 2000. Pags. 353-373; Amnistía Internacional *Universal Jurisdiction: The Duty of the States to Enact and Implement Legislation*. Londres, septiembre de 2001 (AI Index: IOR 53/004/2001. CD Room).
- 43 Vid. Lamarca Perez *El principio de justicia mundial y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile*. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 1. 2000. Pags. 59-68.
- 44 Al señalar que *El Perú está obligado a reprimir conforme a los tratados internacionales*, este precepto se remite al DI convencional para habilitar a la justicia del Estado a establecer jurisdicción universal (y cuanta otra jurisdicción internacional penal se derive de este artículo).
- 45 Vid. Roulot *La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France. Una répression nationale d'un crime international*. Revue de Science Criminelle et Droit Penal Comparé. N° 3. 1999. Pags. 545-562.
- 46 Una interesante recopilación de trabajos sobre la jurisdicción universal y su aplicación judicial en los Estados está recogida en VVAA *El principio de justicia universal*. Editorial Colex. 2001.
- 47 Vid. Base de datos del Comité Internacional de la Cruz Roja. <http://www.icrc.org/ihl-nat>
- 48 Vid. Sánchez Legido *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional* (en imprenta). Items. 2.5, 3.1.3.3, 3.1.4.3 y 3.1.5.3, del original cedido a los alumnos de la I Maestría en Jurisdicción Penal Internacional de la Universidad Internacional de Andalucía.
- 49 Vid. SANZANI *The Pinochet Precedent in Africa: Prosecution of Hissèbre Habré*. Human Rights Brief. Vol. 8. Issue 2. Pags. 32 y ss. <http://www.wcl.american.edu/hr-brief/08/2pinochet.cfm>
- 50 *La complementariedad de la CPI y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de ingeniería jurisdiccional?*, en Csrrillo Salcedo (Coordinador) *La criminalización de la barbarie...* Op. Cit. Pags. 425-426.
- 51 International Law Reports. N° 36. Pag. 39.
- 52 Vid. Journal du Droit International. 1984. T. 111. N° 2. Pags. 308-320.
- 53 American Journal of International Law. Vol. 80. 1986. N° 3. Pag. 658.
- 54 El Preámbulo del Estatuto de la CPI señala que *Es deber de todo Estado ejercer jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales*.
- 55 Al respecto, téngase en cuenta que hay Derecho interno que, como el parágrafo 6 de Código penal alemán, indica que el Derecho penal del Estado es aplicable a crímenes de DI no únicamente como el genocidio sino también a los daños graves e intencionales al medio ambiente, entre otros, los causados con explosivos.
- 56 El Principio III de Nuremberg indica que *El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea Jefe del Estado o un oficial responsable del Gobierno no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales*.

**Notas**

- 57 Vid. Casos concernientes a las querellas penales interpuestas contra Muamar Ghaddafi en Francia o Fidel Castro en España.
- 58 Cfr. Torres Perez *Inmunidad de jurisdicción penal e impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002*. Revista de Derecho. Nº 1. Noviembre de 2002. (U. de Valencia). Disponible en <http://centros.uv.es/web/centros/derecho/interno/index.html>; Cassese *When may Senior State Officials be Tried for International Crimes?. Some Comments on the Congo v. Belgium Case*. European Journal of International Law. Vol. 13. Nº 4. 2002. Pags. 853 y ss; Wirth *Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgement in the Congo v. Belgium Case*. European Journal of International Law. Vol. 13. Nº 4. 2002. Pags. 877 y ss; Spinedi *State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur*. European Journal of International Law. Vol. 13. Nº 4. 2002. Pags. 895 y ss.
- 59 Un análisis de la postura de los Estados al respecto hace perceptible que la inmunidad ante la justicia doméstica de un tercer Estado ha sido consolidada. Esta afirmación se corrobora no solo en el Caso Yerodia Dnombasi, sino en otros casos, como cuando la justicia de la República Federal Alemana decidió no perseguir al entonces Presidente de la República Democrática Alemana Enrich Honecker en razón de su cargo. Este mismo argumento fue sostenido por la Audiencia Nacional de España frente a una querrela interpuesta contra el Jefe de Estado de Cuba, Fidel Castro.
- 60 *Reflections on the International Justice*. The Modern Law Review. Vol. 61. Nº 1. Pags. 6-8.
- 61 *Competence de la Cour Pénale Internationale et Consentement des États*. Revue Générale de Droit International Public. 1999. Nº 103. Pags. 430-431.
- 62 Vid. Art. 20 .3 del Estatuto de la CPI.
- 63 Sobre ello en el Derecho penal, vid. Ferrajoli *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. Madrid, 1995. Pag. 905 y ss; SILVA *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch. Barcelona, 1992. Pags. 37-41.
- 64 Sobre el fundamento de la prescripción, vid. Rey Gonzalez *La prescripción de la infracción penal*. Universidad Internacional de Cataluña-Marcial Pons. Madrid, 1998. Pags. 43 y ss.
- 65 La Convención y las ratificaciones están disponibles en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p\\_limit\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_limit_sp.htm)
- 66 International Law Reports. Vol. 100. Pag. 300.
- 67 Vid. Cacchiarelli *Considerazioni di sintesi sul caso Priebke*. Indice Penale. Año II. Nº 3. 1999. Pags. 1019 y ss; Bartolo *Il caso Priebke e la sentenza della Corte Militare di Appello di Roma*. Indice Penale. Año II. Nº 3. 1999. Pags. 1037 y ss. (Este número contiene interesante documentación sobre este caso desde la página 959).
- 68 García Arán, Ferré, Hormazabal, Serrano y López *Contra la impunidad*. (Dictamen). Madrid, 1998. Capítulo I, numeral 2. Se alude a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina con fecha de 2 de noviembre de 1995.
- 69 Idem. Esta sentencia trataba sobre el castigo a los responsables de la grave violación a los derechos humanos en el curso de la revolución. Vid. Decisión Nº 53/1993 (X. 13.) AB y Decisión Nº 36/1996 (IX.4.) AB.
- 70 Lladó *El enigma de Iván el Terrible*. Cuadernos Jurídicos. Año 2. Nº 13. Noviembre de 1993. Pag. 19.
- 71 Las normas reguladoras de la extradición en España, al margen de los tratados internacionales, son: los arts. 824 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley de Extradición activa de 1985.
- 72 Recueil CIJ. 1966. Pags. 298-300.
- 73 Este principio se encuentra recogido en tratados de extradición y en otros de DI general, como los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 49 del I Convenio, art. 50 del Convenio II, art. 129 del Convenio III y art. 146 del Convenio IV) o la Convención contra la Tortura de 1984 (art. 5.2). Sobre este principio, vid. Bassiouni *International Extradition: United States Law and Practice*. Oceana Publications. New York, 1996. Pags. 5-11; Gilbert *Aspects of Extradition Law*. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, 1991. Pags. 157-162; Quintano Ripollés *Tratado de Derecho penal internacional*. II. Madrid, Pags. 96 y ss.
- 74 Vid. Principio de Nuremberg V; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; art. 75 del Protocolo

## Notas

- Adicional I de estos; art. 6 del Protocolo Adicional II; arts. 6 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; arts. 5 del Convenio Americano de Derechos Humanos de 1969; art. 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1986; art. 55 del Estatuto de la CPI.
- 75 En este sentido, la Sentencia del 7 de julio de 1989 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que en virtud del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que prohíbe la tortura y los tratos y penas inhumanos y degradantes, no es posible relevar de su responsabilidad a un Estado parte del Convenio acerca de las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de su jurisdicción. A juicio del Tribunal, la obligación de no conceder la extradición solicitada estaba implícita en el citado artículo (Asunto Soering). En esta línea jurisprudencial, la puesta en peligro de derechos fundamentales que puede acarrear una extradición en el territorio del Estado solicitante justifica su denegación. Vid. Bassiouni *International Extradition*.... Op. Cit. Pags. 634 y ss.
- Téngase en cuenta que el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*.
- 76 Principio IX de los Principios de Cooperación Internacional para la Identificación, Detención y Extradición de Criminales de Guerra y Contra la Humanidad.
- 77 Principio I de los Principios de Nuremberg.
- 78 CDI. A/51/10. Pag. 55.
- 79 En este sentido, Bassiouni *Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention*. Columbia Journal of Transnational Law. 1994. Vol. 31. Nº 3. Pags. 480-431.
- 80 Téngase presente los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, proclamados por la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1973, y los Principios de DI sobre las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, recogidos en la Resolución 2625 (XXV), adoptada por la AGNU el 24 de octubre 1970.
- 81 Piénsese en la aberración que constituiría un proceso ante los otros órganos del Estado (ejecutivo o legislativo).
- 82 En España, el eximente del cumplimiento de un deber se recoge en el art. 20.7 del Código penal que dice que está exento de responsabilidad *el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo*.
- 83 Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de julio de 2002. L 190.
- 84 Este título consta de cuatro capítulos. El Capítulo I denominado: *Delitos contra el Derecho de gentes*, está referido a los delitos contra la vida, salud e integridad de un Jefe de Estado extranjero (art. 605) y a la violación de la inmunidad de un Jefe de Estado extranjero o representante de una potencia (606). El Capítulo II, denominado *Delitos de genocidio*, aborda el genocidio y a la apología de este delito (art 607). El Capítulo III, denominado *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, determina las cuestiones terminológicas (art. 608); tipifica la tortura, malos tratos y delitos contra la salud de personas protegidas (art. 609), el empleo de medios de combate prohibidos (art. 610), los actos de terror contra la población civil (art. 611), los atentados a zonas protegidas (art. 612), las represalias a lugares de culto y bienes culturales y otros actos de hostilidad (art. 613); y hace una remisión a los tratados internacionales para castigar actos contrarios a estos en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (art. 614).
- 85 Vid. Pérez González y Abad Castellos *Offences against International Community according to the Spanish Penal Code*. Spanish Yearbook of International Law. Vol. IV. 1995-96. Pags. 3 y ss.
- 86 En cuanto a la jurisdicción universal, el precepto en cuestión indica que *4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de*

**Notas**

- menores o incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.
- 87 El art. 3.2 de la LOPJ señala que *La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula....* De este precepto se entiende que la competencia de la jurisdicción militar, que queda limitada al ámbito estrictamente castrense regulado por la Ley y a los supuestos de estado de sitio, aplicando en este último supuesto el CP ordinario.
- 88 Vid. Krebs y Lattanzi (Eds) *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 2000; Huston *National Implementation of the Statute of the International Criminal Court: Resolving Constitutional Conflicts*. New York University Law School. New York, 2000; Broomhall *La Corte Penal Internacional: visión general y cooperación con los Estados*. Nouvelles Études Pénales. 1999. Pags. 45 y ss.
- 89 Vid. Ragués y Valléz *¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad?. Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 7. 2001. Pags. 95 y ss.
- 90 Vid. Gómes-Benites *Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español*, en Bacigalupo Zapater *El Derecho penal....* Op. Cit. Pags. 9 y ss.
- 91 En este sentido, Lirola Delgado y Martín Martínez *La Corte Penal....* Op. Cit. Pag. 264.
- 92 Recuérdese la redacción del parágrafo 6.2 del Código penal Alemán y del artículo 5.5 CP del Ecuador.
-

# Servicio público y Derecho Comunitario Europeo

Jaime Rodríguez – Arana

El servicio público, lo sabemos todos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para Duguit y su escuela de Burdeos, precisamente del *Servicio Público*, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento. Quizás, por eso, Otto Mayer sentenciaría aquello tan manido y reiterado: *el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece*.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello y, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la *noción imposible* para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo, al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, etc, etc, etc.

Simplificando mucho las cosas, tarea que es la propia de una intervención oral de esta naturaleza, se puede afirmar que la constitución del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre *Poder y Libertad* siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado – Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacía la técnica autorizatoria y la institución concesional, como exponentes del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indi-

recto de gestión de los servicios públicos, se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que, se pensaba entonces, debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas a nosotros, junto a las explicaciones fiscales obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de Forsthoff todo lo invade y todo lo controla *desde la cuna hasta la tumba*. Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático al Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos.

Esta, a veces lacerante confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque – todavía vigente – es autoconsumido por una burocracia muy amiga del autocontrol y la conservación del *status quo*.

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar veremos como el servicio público en sentido técnico – jurídico apenas cuenta y, no sé si en su lugar, pero la realidad manifiesta la emergencia de los servicios de interés general y, por ende, se produce una vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con él, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado – Sociedad, pierde su sentido jurídico – administrativo al desvanecerse el marco general que le ser-

vía de apoyo. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

En España, esta aproximación propia del tiempo en que vivimos es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la Administración pública y encuentra apoyo en lo que he denominado Derecho Administrativo Constitucional.

¿Cuáles serán, entonces, las bases constitucionales de este nuevo Derecho Administrativo? En mi opinión, la Constitución de 1978 nos ofrece presupuestos más que suficientes para edificar el moderno Derecho Administrativo.

El artículo 9.2 plantea lo que se ha denominado la función promocional de los poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside precisamente en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, remover los obstáculos que se opongan a esta tarea. Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho en nuestro tiempo que es la de garantizar el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados.

En el artículo 10.1, la Constitución proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia donde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de Derecho.

El artículo 24.1 proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados.

También encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad porque el presupuesto no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos y, los funcionarios, no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera sea brevemente, una muy breve glosa. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero:

*La Administración pública sirve con objetividad, los intereses generales (...) y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*

En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración: *sirve*. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración pública es una persona jurídico - pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajaría en la Administración en relación con el interés general: representar, defender, gestionar, etc, pero la realidad es que se quiso deliberadamente configurar la Administración pública desde este punto de vista.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general. Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, que la Administración pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: *servicio objetivo al interés general*, que, aplicado al Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 se refiere a la Administración pública en singular, por lo que debe entenderse que el sistema que diseña debe predicarse tanto de la Administración del Estado, como de la Administración autonómica, provincial o local.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración pública actúa con *sometimiento pleno a la ley y al Derecho*. Ordinariamente, será el Derecho Administrativo su matriz normativa de referencia pero, en ocasiones, actuará sujeta al Derecho Privado. Ahora bien, en estos casos en que su Derecho regulador es el privado, en modo alguno significa, solo faltaría, que se quedaran al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen en todos los casos.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el servicio público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución aparentemente contradictorios y, sin embargo, complementarios. Me refiero, claro está, al artículo 38 y al 128.

El artículo 38 dispone:

*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*

Por su parte, el artículo 128 establece:

1.- *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general;*

2.- *Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.*

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado social y democrático de Derecho, por lo que los Poderes públicos tienen la tarea garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por ley, la reserva al Estado en exclusiva

de determinados servicios denominados esenciales. Evidentemente, esta posibilidad debe ser motivada en la Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. Pienso que, en cualquier caso, el régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del servicio público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaje en el marco constitucional como fórmula ordinaria de prestación de los servicios públicos. Aunque, repito, en determinados casos, se puede reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy siga teniendo vigencia los motivos de la *publicatio*, en la versión de solidaridad social (Duggit) o procura existencial (Forsthoff), sin embargo la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la *publicatio* – salvo excepciones – sino la técnica autorizadora – *ordenatio* – cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión solidaria que le es inherente. Entonces, la Administración pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo precisamente a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se puede olvidar, se derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general.

No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre servicio público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del servicio público, es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego del binomio libertad - interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para el Derecho Administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o no, existe un gradual proceso de despublicación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los servicios públicos. En Europa, tras los Tratados fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del mercado único se llama libre competencia y que, por ello, la Administración pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la Administración pública ceda inerte ante los encantos del mercado. No, pero tampoco es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía Hegel

Algunos de nuestros colegas piensan que la pérdida de sentido hoy de la noción clásica del servicio público es po-

co menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos, sólo faltaría, no son conscientes de que precisamente a través de la emergencia de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, el Derecho Administrativo, nuestra disciplina, está recordando un protagonismo inusitado, tal y como intentaré demostrar al exponer brevemente la situación del régimen jurídico de las telecomunicaciones en Europa, y especialmente en mi país: España.

No se trata, pues, de certificar sólo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico – administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba Ihering, la mejor gestión del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el Derecho Administrativo, en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el Derecho Comunitario Europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados servicios públicos.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general, luego examinaré el supuesto de la telecomunicaciones, la función de garante del Estado aparece en todo su vigor a través de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y donde mejor se contempla esa nueva función del Estado garante.

Sin embargo, frente a los nostálgicos del servicio público que son los mismos que nos han inundado de pesimismo enarbolando la bandera de la huída del Derecho Administrativo, yo me atrevo, con modestia, a decir que hoy asistimos a una vuelta al Derecho Administrativo, eso sí, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y a partir de la necesaria superación de apriorismos y prejuicios metodológicos del pasado.

Los que nos dedicamos al estudio del Derecho Administrativo hemos comentado tantas veces que nuestra disciplina se caracteriza por hundir sus raíces en las movedizas arenas de la realidad, que sabemos, y somos testigos cualificados, que los diferentes sentidos e interpretaciones que acompañan a los conceptos de nuestra disciplina son deudores precisamente del cambiante marco constitucional en el que discurren. Quizás, por ello, el proceso de liberalización y desregulación que hoy nos toca vivir es una oportunidad para seguir defendiendo el Derecho Administrativo como ese Derecho del poder para la libertad, de manera que la función de garantía de esa libertad, en el marco del Estado social, es su principal señal de identidad.

Para algunos, las consecuencias de la realidad que es, valga la redundancia, la que es, han traído consigo un me parece que injusto proceso al servicio público tal y como señala Regourd. No es, sin embargo, un ajuste de cuentas metodológico o conceptual, Dios me libre, a la tradición del Derecho Administrativo francés; por cierto, de la que todos hemos aprendido tantas cosas. En su momento, como quería Duguit, sí que el servicio público era la pérdida angular que justificaba la propia existencia del Estado. Luego, algu-

nos, como Alessi, señalaron que había tantas nociones del servicio público como autores se han acercado a su conceptualización. Vedel llamó la atención sobre la elasticidad y flexibilidad de una noción que, para él, era perversa precisamente por su imposibilidad de definición. Waline nos alertó sobre la condición de *etiqueta* del servicio público. En fin, que no negamos su trascendencia en el pasado, pero afirmamos que en el presente ya no tiene apenas razón de ser como no sea en los supuestos, en verdad excepcionales, de reservar al sector público en exclusiva servicios esenciales.

Antes de la crisis definitiva del concepto, se puede hablar de dos momentos difíciles para nuestra categoría. La primera crisis se puede datar en la segunda mitad del siglo XIX cuando al Estado no le queda más remedio que asumir las prestaciones asistenciales básicas como la sanidad y la educación. Y, además, se hace con la titularidad de los servicios económicos de mayor trascendencia, especialmente lo que hoy denominaríamos grandes inversiones públicas. Aparece entonces, con su proverbial magisterio a la cabeza de la Escuela de Toulouse, Hauriou, quien nos dejaría, para mí, la mejor definición del servicio público: *servicio técnico prestado al público de manera regular y por una organización pública*. Era el momento de aquella fenomenal polémica entre los grandes: Jeze, seguidor de Duguit, de los de Burdeos – el servicio público – y Vedel, a la zaga de la Escuela de Toulouse – el poder público o las famosas cláusulas exorbitantes –.

En lo que se refiere a la actividad económica, el Estado asume la titularidad renunciando a la gestión en virtud de la conocida doctrina del concesionario interpuesto. Así, la declaración del servicio público implica desde el principio la titularidad pública, mientras que la gestión se confía a los particulares. Más adelante, el espacio local, que siempre es el mejor laboratorio del Derecho Administrativo, nos lleva, de la mano de los fabianos en el Reino Unido, a los supuestos de municipalización de servicios públicos municipales. En 1929, la gran depresión trae consigo la quiebra de los grandes concesionarios, por lo que será el Estado, y ya no digamos en Europa tras la II Gran Configuración, quien tenga que correr con la responsabilidad, también, de la prestación directa de los servicios.

La segunda crisis, en la que todavía estamos instalados de algún modo, viene de la mano del nuevo ídolo del altar de las ideas públicas, como señala el profesor Tomás – Ramón Fernández: la competencia. En efecto, la competencia, la liberalización es la palabra que utilizan las fuentes originarias y derivadas del Derecho Comunitario Europeo. Es, se dice, el dominio de la economía. Es, se dice, el apogeo de los economistas y de las Escuelas de Friburgo – la competencia es la clave del desarrollo económico (Eucken) –, de Viena – principio de no intervención pública (Hayec), de Chicago – guerra a los monopolios (Friedman) –, o de *Public Choice* – la realidad en cada caso aconsejará si lo procedente es la iniciativa pública o privada (Buchanan) –.

Ciertamente, si alguien puede parar el fundamentalismo económico en la vida social, es un Derecho Administrativo para el que la clave, en materia de servicios públicos – en sentido amplio – sea prestar servicios que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos. Este es el *punctum dolens* de nuestra reflexión: lo decisivo no es quien preste el

servicio sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas. Es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios.

En este contexto se comprenderá la aseveración de Pierre Devolvé cuando afirmó categóricamente que el servicio público es la principal amenaza para las libertades públicas. Por tanto, el nuevo concepto de servicio económico de interés general que se alumbra en el marco de Derecho Comunitario Europeo es la expresión del moderno Derecho Administrativo y el concepto desde el que contemplar la posición del Estado en la nueva economía.

Por un lado, el avance científico y tecnológico ha arrumbado esa versión estática de la *publicatio* que antaño justificaba la existencia del servicio público en la insuficiencia de capital privado para asumir los grandes servicios económicos y sociales. Y, por otro, no podemos negar que la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos Estados que, además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los servicios públicos tradicionales.

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por mur de la libre competencia, que se convierten en el corazón de la integración económica que preside el Mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, *despublicatio*, no son más que términos jurídicos – económicos o económico – jurídico que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

Antes de continuar, o de terminar, mejor, quiero señalar que el jurista no debe, no puede permanecer impávido ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la Política Económica han traído consigo esta segunda y definitiva crisis del servicio público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general, que, como sabemos, procede del Derecho Comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué? Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con *publicatio* y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas *public utilities* garantizadas por la regulación – sin más– de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbra el metaconcepto de servicio económico de interés general o servicio de interés general. Por eso, en el vigente artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que *las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia*.<sup>2</sup>

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo *interés general*. Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como *objetivos fundamentales de la Comunidad*.

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión el nuevo artículo 16 de la versión consolidada que establece lo siguiente:

*... a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.*

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a partir de la interpretación del artículo 90.2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los servicios públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo *la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del servicio público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares*.

En la sentencia del 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no sólo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí donde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Como veremos a continuación, estas obligaciones nacen en el marco del Derecho Europeo de las Telecomunicaciones. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la Autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Por ejemplo, en atención a que los servicios de telecomunicaciones cumplen una función muy relevante en la sociedad de la información, la Comisión Europea dictó una Comunicación en 1999 al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *el servicio universal de las telecomunicaciones ante la perspectiva de un entorno plenamente liberalizado*.

Pero ya que hemos entrado en un servicio económico de interés general concreto, me voy a permitir aplicar a este sector, la doctrina que con carácter general hemos planteado hasta el momento.

La reciente Ley española 32/2003, de 3 de noviembre (BOE número 264 de 4 de noviembre de 2003), lleva como rúbrica *General de Telecomunicaciones* y sustituye a la Ley 11/1998, de 24 de abril, del mismo nombre. Como es sabido, trae causa de la necesidad de incorporar al Derecho Español un conjunto de Directivas comunitarias que se han elaborado recientemente con el objeto de consolidar, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, el marco armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones alcanzado en los Estados miembros.

En esencia, las Directivas Comunitarias dictadas en 2002 se refieren al marco regulador de las comunicaciones electrónicas y a las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Especialmente interesante es la 2002/22 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Cuestión, la del servicio universal, que ha supuesto, nada más y nada menos, una fuerte sacudida a los intentos, a veces vacilantes y, en todo caso dubitativos, que ha producido la desregulación de un sector tradicionalmente sujeto a monopolio. El desconcierto es tal que los enterradores del concepto clásico del servicio público han empezado a sospechar que la vuelta de este concepto tiene mucho que ver con el llamado servicio universal y, sobre todo, con las denominadas obligaciones de servicio público. Sin embargo, la realidad es que ahora el Estado interviene en la vida económica desde enfoques abiertos, no unilaterales. El servicio público, pues, queda para los supuestos, que pueden darse en circunstancias especiales, de reserva, exclusividad y titularidad de la actividad de que se trate.

Las instituciones, conceptos y categorías de Derecho Administrativo, lo sabemos bien, están en una relación estrecha, estrechísima, con la realidad que les ha tocado en suerte. Es más, soy de los que pienso que no debemos escandalizarnos, ni metodológica ni científicamente, por el

hecho de que las principales manifestaciones del Derecho Administrativo se presenten de forma diversa según las circunstancias sociales, políticas y económicas de tiempo y de lugar. En efecto, es lógico que así sea porque tras los diversos avatares por los que ha pasado esta disciplina es lo cierto que somos testigos cualificados de la mudanza de sus instituciones sin que, por ello, haya desaparecido el Derecho Administrativo.

Pues bien, en esta tarea me parece que es conveniente recordar que el Derecho Administrativo puede definirse como el Derecho del Poder para la libertad o, si se quiere, el Derecho que regula los intereses generales que sirve con objetividad la Administración Pública. En este sentido, todas las categorías, instituciones y conceptos centrales del Derecho Administrativo deben orientarse al interés general. Es decir, deben estar abiertos a hacer posible y visible ese metaconcepto del interés general que, en un Estado social y democrático de Derecho, está vinculado a la tarea promocional y garante de los Poderes públicos orientada al libre y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos. Así la sanidad, la educación o la vivienda, deben gestionarse de manera que la ciudadanía pueda disponer de un acceso general a estos bienes. Lo público debe estar abierto a la ciudadanía y las necesidades públicas deben manejarse de manera que, efectivamente, la Administración pública tienda al bienestar general de todos.

En nuestro país, la simple lectura, por ejemplo, de los artículos 9.2, 10.1, 31.2, o 103.1 de nuestra Constitución, como he expuesto anteriormente, nos invita a estudiar el Derecho Administrativo en el marco constitucional y, por ello, a tener muy presente los parámetros y vectores constitucionales. De ahí que, hoy por hoy, en un modelo de Estado social y democrático de Derecho en el que los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central, el ejercicio de los poderes y funciones públicas deben operarse teniendo presente la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran, es un objetivo constitucional; que los fundamentos del orden político y la paz social residen en el libre desarrollo de las personas y en los derechos que les son inherentes; que el gasto público debe gestionarse con criterios de economía, o que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales. En definitiva, la Administración pública, al gestionar lo público, no se puede olvidar del bienestar de todos, eso sí, haciendo del bienestar un concepto dinámico, no estático, al servicio de las personas.

En este contexto, resulta en mi opinión imprescindible, también para el estudio del Derecho Administrativo, situarse en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible. Porque el interés general debe interpretarse fuera del pensamiento único: tanto del que intenta aislar al interés general en el santuario del tecnosistema, como del que intenta a toda costa desmantelar lo público para entregarlo *in toto* al sector privado. Sobre todo, porque, insisto, lo público, en un Estado social y democrático de Derecho, debe definirse de manera abierta entre el poder y los agentes sociales ya que se terminó una forma de entender la Administración y el poder de naturaleza autoritaria y vertical.

Llegados a este punto, en sede de servicio público, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del

pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de servicio público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del servicio público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos:

- a) Servicio de interés general
- b) Servicio de interés económico general
- c) Servicio público
- d) Obligación de servicio público
- e) Empresa Pública

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde se refiere a otro concepto de gran trascendencia, cual es el concepto de servicio universal y sorprende que no haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de servicio público y el servicio público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las Autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico. En el Derecho Español, tras haber sido configuradas las telecomunicaciones en 1987 como servicios esenciales de titularidad estatal reservadas al sector público, hoy, la ley de 2003, reconoce su condición de servicios de interés general. Ello es muy importante porque desaparece la titularidad estatal aunque no su presencia, ya que es necesario también velar por la mejor satisfacción del interés general. De ahí que hoy este sector sea un sector regulado. Regulación que aconseja que se eviten las posiciones de dominio, por una parte, y, por otra, que determinadas prestaciones, lleguen al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad y calidad. Pues bien, esta dimensión positiva del quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, la igualdad y la calidad supone la existencia de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que se encuentra el servicio universal. El sentido de estas obligaciones es bien sencillo: garantizar un mercado libre de posiciones dominantes entre los empresarios y de usuarios mal atendidos.

Las telecomunicaciones son, por tanto, un servicio económico de interés general, con unas obligaciones de servicio público, siendo el servicio universal, me parece la más destacada.

En el Derecho Comunitario, desafortunadamente, no se distingue con claridad suficiente el concepto de servicio económico de interés general y servicio público. Quizás, como ocurre en la polémica doctrinal referida al concepto de servicio universal, porque para muchos sigue pesando la clásica noción de servicio público y, por ello, no resisten la desaparición del concepto y se felicitan porque el *nuevo servicio público* sea el servicio universal.

De acuerdo con el artículo 22.1 de la nueva Ley de 2003, el servicio universal se define como *el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible*. Calidad, accesibilidad y asequibilidad podrían ser las tres notas que hoy caracterizan el concepto de servicio universal en materia de telecomunicaciones y que supondrían obligaciones de servicio público en la medida en que la Administración debe garantizar su efectividad.

La obligación de servicio universal es una obligación de servicio público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de las telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido)<sup>3</sup> que pasan de ser servicios públicos *stricto sensu* o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, sólo faltaría, el acceso de cualquier ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuales sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal sólo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de servicio público. Insisto, otra cosa, bien distinta, es que, en efecto, se admita que la representación del nuevo concepto de servicio público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de servicio público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el servicio público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del régimen de servicio público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. Como ha señalado rapp, *no se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado*.<sup>4</sup> Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de ser-

vicio público y de la economía de mercado. Atinada porque acierta a contextualizar la cuestión y, actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del Derecho Administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que el relativismo y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio Derecho Administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de servicio público – continuidad, regularidad – y del mundo del mercado – no monopolio – en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del Derecho Administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

La ley de 2003, que profundiza en la libre competencia del sector, introduce, como parece lógico una vez transmitido cierto tiempo desde la liberalización, mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio. Es, me parece, una medida de sentido común y de sentido jurídico relevante para evitar que la libre competencia pueda ser ficticia o aparente. Además, y esto es lo que me interesa destacar ahora, se refuerza la protección jurídica de los usuarios, ampliándose el elenco que elementos de la obligación del servicio universal.

En efecto, como se reconoce en la propia exposición de motivos, la ley de 2003 *recoge la ampliación de las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal. En concreto, en el artículo 22, se incluyen, a las que ya establecía el legislador de 1998, el acceso funcional a internet y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permiten un mayor control del gasto por los usuarios*.

El contenido mínimo del servicio universal lo fija el Reglamento y se resume en los siguientes extremos. Todos los ciudadanos pueden recibir conexión a la red pública telefónica fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. Todos los abonados al servicio telefónico deben disponer gratuitamente de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial, que, como mínimo, será de ámbito provincial. Que exista una oferta suficiente de teléfonos de pago en el dominio público en todo el territorio nacional. Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios. Ahora, de acuerdo con la nueva ley, se añaden, como comenté anteriormente, dos nuevas obligaciones para los operadores que - artículo 23 - designe el Ministerio para atender el servicio universal.

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del Derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función arbitral y garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quien hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del servicio público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad, continuidad...son notas del servicio público que son válidas también para servicios de interés general,

como se denominan hoy los servicios públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la Administración pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el Derecho Administrativo se presenta como el Derecho del Poder para la libertad.

---

### Notas

- 1 Texto de la intervención del autor en el Seminario Internacional de la Asociación de Derecho Público de MERCOSUR, el día 23 de abril de 2004 en Salta (Argentina)
  - 2 Ver además, artículos 31 y 295 del Tratado
  - 3 C. Martínez García, La intervención administrativa en las telecomunicaciones, Madrid, 2002, p.209.
  - 4 Tomado de C. Martínez García Op cit, p.211
-

# Planteamiento jurídico de la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial de los ciudadanos ecuatorianos en España

Marta Gonzalo Quiroga

## Introducción al marco de estudio

En los últimos años la población ecuatoriana en España ha experimentado un crecimiento espectacular. Hoy en día, después de los ciudadanos marroquíes (263.174), la colonia ecuatoriana ocupa el segundo puesto de ciudadanos extranjeros en España con tarjeta o permiso de residencia en vigor (132.628), según los datos oficiales aportados por el último Balance de 2003 publicado por la delegación del gobierno para la Extranjería y la Inmigración sobre la base de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones del Ministerio del Interior.<sup>1</sup> No obstante, según las cifras que manejan diversas asociaciones de ciudadanos ecuatorianos y distintos organismos humanitarios se estima que extraoficialmente habría al menos el doble de ecuatorianos en territorio español. En todo caso, la colonia de inmigrantes procedentes de Ecuador es la primera y más numerosa de América latina, seguida de la colombiana, peruana, dominicana y la argentina. Si bien la situación de los ecuatorianos en España suscita muchas dudas en cuanto al estricto régimen jurídico de extranjería, también es cierto que surgen otras tantas derivadas de cuestiones específicas de Derecho Internacional Privado (DIPr), donde el Derecho de Familia internacional se torna fundamental.

La movilidad de los ecuatorianos, motivada por diferentes razones, no sólo se ha traducido en posibles mejoras sociales sino también en problemas laborales, familiares o de desarraigo. El desplazamiento ha provocado el crecimiento de los matrimonios mixtos, la residencia de los cónyuges en un país diferente al de su nacionalidad común y, en particular, la separación de la familia y el incremento de los casos de desunión conyugal. Con ello, son frecuentes las llamadas crisis matrimoniales. Esto es, la separación, el divorcio y las solicitudes de nulidad del matrimonio, ligadas a los consiguientes problemas jurídicos que su resolución comporta. ¿Cuál es el juez competente para decidir de una demanda planteada por un ecuatoriano residente en España en materia de divorcio? ¿Es susceptible de ser aplicada la normativa europea en esta materia? ¿Qué ley se aplica a la disolución conyugal de un matrimonio mixto formado por un español y una ecuatoriana? ¿Cuál es el procedimiento para reconocer en España las sentencias en materia de Derecho de familia dictadas por un juez ecuatoriano? Etc.

Estas cuestiones y muchas más que se irán planteando a lo largo del trabajo, serán aquí objeto de comentario. De manera que el presente documento pretende dar respuesta a una

realidad de gran importancia práctica y actualidad centrada en la resolución, desde un punto de vista jurídico, de las crisis matrimoniales que afectan a los miles de ciudadanos ecuatorianos que viven en España. Desde esta perspectiva, el desarrollo del trabajo se guiará del modo siguiente:

- En primer lugar, desde un punto de vista normativo, se analizará la articulación legal de la nulidad matrimonial, la separación y el divorcio en el sistema español de DIPr. Para ello, se diferenciará la perspectiva europea o comunitaria en las cuestiones de crisis matrimoniales que aquí nos ocupan, de la perspectiva externa o extracomunitaria, en general, investigando si existen convenios bilaterales en esta materia que vinculen a España y Ecuador, para así precisar, en definitiva, cuál es la normativa que resulta de aplicación (Epígrafe II, apartados 1. A), B) y 2. A), B))
- En segundo lugar, se procederá a concretar, dentro de ésta última dimensión externa, las cuestiones de separación, nulidad y divorcio que afectan estrictamente a los ciudadanos/as ecuatorianos/as que se encuentran en España. Ello dará lugar a plantear problemas de foro o competencia judicial internacional, cuestiones de Derecho aplicable y problemas referidos al reconocimiento y ejecución de sentencias matrimoniales en España procedentes de Ecuador y viceversa (Epígrafes III, IV y V, respectivamente).
- A continuación, se procederá con un supuesto práctico para que tanto el afectado como el profesional del Derecho tengan una guía orientativa de cómo actuar en estos casos (Epígrafe VI). Para finalizar, se establecerán unas conclusiones a modo de breve resumen o análisis final del trabajo (Epígrafe VII).

## El doble sistema de nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio en el derecho internacional privado español

### Perspectiva general

#### A) Diferencia entre el régimen europeo comunitario y el régimen autónomo español

El Derecho matrimonial ha sido objeto de importantes cambios en los últimos años por parte del legislador europeo. Cambios que, obviamente, han afectado en gran medida al sistema de Derecho Internacional Privado español en este ámbito. La incidencia de la normativa común en el sec-

tor es tal que a partir de la entrada en vigor del *Reglamento comunitario 1347/2000, de 29 de mayo, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes*, más conocido como el Reglamento de Bruselas II (RB II),<sup>2</sup> normativa que en breve será sustituida por el *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000 (Nuevo RB II)*,<sup>3</sup> se puede hablar de un régimen jurídico doble para el tratamiento de la nulidad matrimonial, la separación judicial y el divorcio en el sistema de DIPr español. En consecuencia, en España existe un régimen normativo diferenciado para determinar la competencia judicial internacional y regular la eficacia de las sentencias extranjeras dictadas en materia matrimonial.

Por un lado, se aplicará el Reglamento comunitario 1347/2000, Bruselas II, teniendo en cuenta que, a partir del 1 de marzo de 2005, éste será efectivamente sustituido por el nuevo RB II, núm. 2201/2003 (art. 71 y 72). Normativa que sólo afecta a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras dictadas en materia matrimonial. Se excluye aquí el sector del Derecho aplicable para el que no existe un convenio específico en este sentido. Las normas de competencia son susceptibles de amparar a un ciudadano ecuatoriano por el simple hecho de residir en un país europeo como España. Hecho que será suficiente para fundamentar la competencia de los jueces y tribunales españoles en la decisión de un supuesto de nulidad, separación o divorcio, aunque el cónyuge del ecuatoriano/a demandado/a se encuentre en un país no comunitario, por ejemplo y, como suele ser habitual, aquel hubiese permanecido en Ecuador.<sup>4</sup> Sin embargo, en cuanto al reconocimiento de las decisiones dictadas en materia matrimonial, el Reglamento sólo se aplicará al reconocimiento de decisiones comunitarias en el ámbito europeo entre los Estados miembros. Por este motivo, ni Bruselas II ni el nuevo Reglamento de Bruselas II, podrá ser de aplicación para reconocer una sentencia de nulidad matrimonial, separación o divorcio dictada por un juez ecuatoriano ni de ningún otro país no comunitario. En éste último caso se habrá de acudir a la normativa autónoma de DIPr español destinada al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras señalada a continuación.

Así pues, de otro lado, se aplicará el Régimen Autónomo o la normativa española interna de DIPr. Sistema contemplado, principalmente, en distintas disposiciones contenidas en diversos cuerpos legales. Estos son, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ),<sup>5</sup> el Código Civil (Cc)<sup>6</sup> y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).<sup>7</sup> Normativa que, también, será diferente para cada uno de los sectores internacionalprivatistas afectados. Así:

1. En relación con los foros de competencia. Para determinar si jueces y tribunales españoles son competentes para conocer de un litigio internacional en materia matrimonial que afecte a un ecuatoriano/a, o a ambos, afincados en España, se aplicará el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Foros que, en la actualidad como se comprobará más adelante, han sido en su mayoría inuti-

lizados por la prevalencia en su aplicación del Reglamento de Bruselas II, tanto el nuevo como el anterior.

2. En cuanto al Derecho aplicable, será de aplicación el art. 9. 2 del Cc que, en lo que respecta a la separación y el divorcio, remite expresamente al art. 107 de dicho Código. Disposición que, también, recientemente ha sido reformada en el ordenamiento español por el artículo tercero de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.<sup>8</sup> Respecto a este particular hay que adelantar que la referida novedad legislativa no ha alterado en gran medida a los arts. 9.2 y 107 Cc. Ambos continúan refiriéndose a la ley aplicable a la nulidad matrimonial, la separación y el divorcio. Lo único que se ha renovado someramente es su contenido en el sentido de incorporar una nueva redacción más completa que la anterior.
3. En tercer lugar, para el reconocimiento en España de decisiones extranjeras no comunitarias en materia matrimonial y, en consecuencia, para el reconocimiento de decisiones procedentes de Ecuador en este ámbito, tradicionalmente era de aplicación el art. 107. II Cc que, a su vez, remitía al procedimiento estándar de exequátur contemplado en los antiguos arts. 951-958 de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1881. Sin embargo, el antiguo art. 107. II ha sufrido una derogación en virtud de la mencionada *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*. En este sentido, el silencio observado en dicha Ley en cuanto a los efectos que producirán en el ordenamiento español las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros, al haberse derogado el segundo párrafo del anterior art. 107 Cc, permite deducir que en este aspecto se seguirá acudiendo al régimen general de reconocimiento y ejecución de sentencias. Se aplicará, en consecuencia, el Régimen Autónomo de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, arts. 951-958 LEC de 1881, todavía en vigor, al no haber sido derogado por la actual LEC 1/2000, de 7 de enero (BOE núm. 7 de 8 de enero) que los exceptiona en su disposición derogatoria hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil. No obstante, la modificación ha venido por otra parte. En concreto, a partir de otras dos leyes muy distintas. Por un lado, el artículo 85.5 LOPJ, ha sido modificado por la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE, núm. 309, viernes 26 de diciembre de 2003). Ley que también ha suprimido el último párrafo del art. 958 LEC. Y, por el otro lado, el art. 955 de la LEC de 1881 ha sido modificado por la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social* (BOE, núm. 313, miércoles 31 de diciembre de 2003).<sup>9</sup>

#### **B) Ausencia de convenio bilateral entre España y Ecuador**

Una precisión se impone en cuanto a la aplicación del régimen autónomo español enunciado en el apartado anterior. Si bien, como es sabido, la legislación comunitaria europea prevalece sobre la normativa interna en aquellos casos en los que pueda ser aplicada, a las resoluciones procedentes de Estados no comunitarios con los que España haya

ratificado algún convenio bilateral de asistencia judicial internacional, cooperación, competencia o reconocimiento y ejecución de sentencias, el convenio bilateral se aplica con preferencia al régimen autónomo. Ello ocurre en los siguientes supuestos en los que la sentencia provenga de Suiza, Colombia, República Checa, Eslovaquia, México, Israel, Brasil, Bulgaria, China, Rusia, Marruecos, Uruguay y Rumania. Países con los cuales España ha firmado un convenio bilateral sobre cooperación judicial para el mutuo reconocimiento de sentencias civiles y mercantiles entre ambos países.<sup>10</sup>

Convenio bilateral que, por ahora, no ha sido firmado entre España y Ecuador y por el que aquí se aboga para que pueda ser una realidad en un futuro no muy lejano aunque, por el momento, no exista nada previsto al respecto.

De todo lo expuesto se deduce que el sistema de nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio existente en el DIPr español es doble. En este caso concreto no se contempla la posible incidencia de un convenio bilateral con Ecuador, hoy por hoy inexistente. Únicamente se ha de diferenciar el régimen interno de DIPr español señalado del sistema europeo contenido en el Reglamento 1347/2000 y en el nuevo Reglamento de Bruselas II, 2201/2003. Normativa que dada su particular trascendencia y la reciente reforma que se hará efectiva el próximo 1 de marzo de 2005 (arts. 72 y 64 del nuevo Reglamento), será objeto de un breve comentario en el siguiente apartado.

## **Incidencia particular de la legislación europea en materia matrimonial**

### **A) Normativa comunitaria: evolución y cambios más recientes**

Al igual que lo sucedido con el incremento del número de ecuatorianos residentes en España y las consecuencias en cuanto al Derecho internacional de Familia que ello conlleva es evidente que, en la última década, también se ha producido un aumento considerable de las relaciones familiares y matrimoniales en la Unión Europea, efecto lógico de la consolidación de las libertades comunitarias y, en especial, de la mayor movilidad entre los ciudadanos de los Estados miembros. Con el incremento de las relaciones conyugales han aumentado el número de las crisis matrimoniales mixtas. Se han disparado los casos de divorcio, anulación y separación entre residentes comunitarios con las repercusiones que sobre la responsabilidad parental y los Derechos de visita ello implica. Por estos motivos, en Europa ha sido necesario llegar a un difícil consenso para lograr tener un Instrumento normativo común en esta materia y así poder superar los complicados problemas de competencia jurisdiccional y de reconocimiento y ejecución de sentencias. Sobre todo, el hecho tan recurrente en la práctica de que las partes implicadas en los procedimientos matrimoniales tiendan a buscar la jurisdicción más ventajosa para sus intereses entre todos los Estados miembros (el *forum shopping*) o intenten eludir las resoluciones judiciales o administrativas dictadas en un Estado pretendiendo que éstas sean anuladas en el suyo propio.<sup>11</sup>

Normativamente hablando, resulta curioso que a pesar de la importancia del Derecho de familia, en general, y de su faceta matrimonial, en particular, es ésta una materia que tra-

dicionalmente había sido obviada en los principales Instrumentos jurídicos comunitarios. El convenio europeo por excelencia, *el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (CB),<sup>12</sup> rechazaba expresamente el tratamiento del Derecho de familia. En su art. 1.1 dispone que se excluirá de su ámbito de aplicación: *El estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones*.

Ante esta grave ausencia de regulación comunitaria en un ámbito que cada vez tenía más trascendencia práctica surgió el *Convenio celebrado con arreglo al art. K3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, hecho en Bruselas el 28 de mayo de 1998*, denominado Convenio de Bruselas II (CB II).<sup>13</sup> Sin embargo, aunque el mencionado Instrumento comunitario, procuró inaugurar la regulación del Derecho europeo de familia falló en su intento, al ser este un Tratado que pese a su publicación en *el Diario Oficial de Comunidad Europea (DOCE)*, actual *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)*, nunca llegó a entrar en vigor.

Tuvo que ser inaugurado el nuevo milenio para que por fin se hiciera algo normativamente significativo al respecto. El 1 de marzo de 2001 entró en vigor el mencionado *Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo*, conocido como el Reglamento de Bruselas II, dado que su origen se debió fundamentalmente a la integración de gran parte de los preceptos del anteriormente fallido CB II. El Reglamento 1347/2000 marcó un hito significativo en el Derecho europeo de familia al permitir, por vez primera, la existencia de una normativa común en materia matrimonial. Poco tiempo después el *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (R. 44) se sumó a la regulación de los aspectos relativos al Derecho de familia en cuestiones referidas al Derecho de alimentos. Sin embargo, volvió a eludir, al igual que antes lo hiciera el CB, otras materias concretas tales como las relativas al estatus y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones (art. 1. 2 a).<sup>14</sup>

En la actualidad, resulta chocante que después de todo lo que ha tardado la Unión Europea en lograr un consenso normativo mínimo en Derecho de familia y siendo el Reglamento 1347/2000 el único instrumento que se dedicaba a la competencia judicial internacional y al reconocimiento mutuo de decisiones comunitarias en materia matrimonial, se haya abogado recientemente por la derogación o reforma, de este último y por la modificación del R. 44, cuando ni tan siquiera hace dos años que ambos entraron en vigor.

En efecto, en el escaso margen de tiempo que el RB II lleva funcionando su eficacia ha sido cuestionada y varias veces puesta en entredicho, sobre todo en lo que se refiere al estrecho margen de acción que dejaba su reducido ámbito de aplicación.<sup>15</sup> De ahí que, el 17 de mayo de 2002, la propia Comisión Europea presentó una Propuesta de Reglamento del Consejo con la finalidad de derogar el citado Reglamento: *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones*

judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) núm. 44/2001 en materia de alimentos.<sup>16</sup> Y, diez meses más tarde, el 14 de marzo de 2003, se publicaba en el DOCE el Dictamen del Comité Económico y Social sobre dicha Propuesta,<sup>17</sup> recomendando, con especial intensidad, que toda la legislación comunitaria relacionada con la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental se reuniera en un único instrumento con el objeto de facilitar el trabajo de los jueces y los profesionales de la Justicia al tratar cuestiones sobre la responsabilidad parental que surgen a menudo en el contexto de procedimientos en materia matrimonial. De manera que, los cambios experimentados con la mencionada Propuesta de derogación del RB II no tratan sobre su eliminación sino sobre la integración de éste con otros instrumentos comunitarios de cara a aumentar su eficacia práctica.<sup>18</sup>

De este modo el actual Reglamento 1347/2000 tiene los meses contados, si bien con cierto retraso pues, como es sabido, el citado proceso de Reforma de Bruselas II se encontró durante un tiempo paralizado. En efecto, a pesar de que la pretendida Propuesta del Consejo para reformar Bruselas II iba a haber entrado en vigor el pasado 1 de julio de 2003, para comenzar a ser aplicada el 1 de julio de 2004, los plazos no se cumplieron. Finalmente, tras buscar el consenso con la Conferencia de la Haya, el 23 de diciembre de 2003, por fin se ha publicado en el DOUE el nuevo *Reglamento de Bruselas II*, núm. 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones matrimoniales y de responsabilidad parental, *El nuevo Reglamento de Bruselas II*, que entrará en vigor el 1 de agosto de 2004 y será aplicable a partir del 1 de marzo de 2005, a excepción de sus artículos 67, 68, 69 y 70, que se aplicarán a partir del 1 de agosto de 2004 (art. 72).

### **B) El nuevo Reglamento de Bruselas II: aspectos generales y ámbito de aplicación**

Como ha sido reiterado a lo largo del trabajo el actual Reglamento 1347/2000 tiene los días contados. El 1 de agosto de 2004 entrará en vigor el nuevo Reglamento de Bruselas II. La revisión de éste último ha sido prevista en el mismo. A más tardar, el 1 de enero de 2012, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe basado en la información proporcionada por los Estados miembros relativo a la aplicación del presente Reglamento, acompañado, si ha lugar, de propuestas encaminadas a su adaptación (art. 65). En consecuencia, y dado que el nuevo Reglamento de Bruselas II ha nacido con unas pretensiones de estabilidad y seguridad jurídicas no alcanzadas en sus predecesores, se ha considerado conveniente realizar una breve referencia a sus características más relevantes a efectos de su pronta aplicación.

El nuevo Reglamento de Bruselas II será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a las transacciones celebradas ante el juez durante un proceso con posterioridad a su entrada en vigor de conformidad con el art. 72. El art. 64 es la disposición que se encargará de definir las cuestiones transitorias en cuanto a su aplicación. Re-

gula únicamente la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones, entendidas éstas en un sentido amplio (fallo, decisión, sentencia, resolución, auto, etc.). Ahora bien, dado que la razón principal de su existencia se debe a las numerosas críticas que recibió desde su entrada en vigor el Reglamento 1347/2000, su principal particularidad no radica tanto en su novedad como en los aspectos que suponen un avance respecto al anterior. Entre estos destacan la ampliación del ámbito material del Reglamento y la introducción de la figura de las Autoridades Centrales en sede comunitaria. Así, el nuevo Reglamento comunitario ha merecido una valoración matizada en cuanto a las innovaciones que ha introducido. Si por una parte ha merecido una valoración positiva en cuanto a la mejora que ha supuesto en relación con la materia de la responsabilidad parental respecto al Reglamento 1347/2000 anterior, por otra parte, se han valorado negativamente los problemas de ajuste que supondrá su adaptación a las figuras ya existentes en el ordenamiento español.<sup>19</sup> De otro lado, el nuevo RB II sigue excluyendo el sector del Derecho aplicable a estos procesos.

En la práctica, los pasos a seguir con el objeto de precisar el ámbito de aplicación del nuevo Reglamento de Bruselas II atienden básicamente a responder adecuadamente a tres sencillas preguntas: ¿De dónde procede la resolución que se pretende reconocer? (Ámbito de aplicación territorial). ¿En que fecha ha sido dictada ésta? (Ámbito de aplicación temporal). ¿De qué tipo de resolución se trata y si ésta es susceptible de ser reconocida y ejecutada? (Ámbito de aplicación material). De la respuesta a estas tres cuestiones se deduce que:

- Por el momento, para los casos de separación, nulidad y divorcio procedentes de los Estados miembros de la Unión Europea, posteriores al 1 de marzo de 2001, se aplica el Reglamento 1347/2000, a excepción de Dinamarca.<sup>20</sup> Ámbitos de aplicación territorial y personal que han mantenido los mismos criterios en el nuevo Reglamento de Bruselas II, teniendo en cuenta las fechas anteriormente indicadas en el ámbito de aplicación temporal, arts. 71 y 72 del nuevo Reglamento.
- Sin embargo, para los supuestos en materia de crisis matrimoniales procedentes de los Estados miembros de la Unión Europea, anteriores al 1 de marzo de 2001, y de aquellos que, con independencia de la fecha, procedan de Dinamarca y de terceros Estados (como es el caso de Ecuador) así como al reconocimiento de las cuestiones conexas a la disolución del vínculo matrimonial (culpa de los cónyuges, aspectos económicos, alimentos, etc.) independientemente de la fecha y lugar de procedencia, se aplica el art. 107. Cc, recientemente reformado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Disposición que conduce a la aplicación del Régimen Autónomo de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, arts 951-958 LEC de 1881, todavía en vigor, al no haber sido derogado por la actual LEC 1/2000, de 7 de enero que, como se ha comentado, los exceptiona en su disposición derogatoria, hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, a excepción de las mencionadas reformas de los artículos 955 y 958 de la LEC. Se aplicará así el régimen interno que, en cuestión de competencia, remitirá al art. 22

LOPJ, excepto en los casos en que se pueda aplicar el Reglamento 1347/2000, o cuando comience a ser de aplicación, el nuevo Reglamento de Bruselas II núm. 2201/2003.<sup>21</sup>

### **Competencia judicial internacional de jueces y tribunales españoles para decidir sobre demandas de nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio presentada por ciudadanos ecuatorianos/as residentes en España**

En lo que atañe a nuestro objeto preciso de estudio, referido a Ecuador, dos son las cuestiones que sucesivamente se han de plantear, bien por separado o de común acuerdo, a la hora de instar la nulidad matrimonial, la separación judicial o el divorcio de los cónyuges de nacionalidad ecuatoriana residentes en España. La primera, cuál es la competencia judicial internacional para conocer del asunto. Es decir, si son competentes los Jueces y tribunales españoles, los ecuatorianos o, si cabe, los de un tercer Estado. La segunda, cuál es la legislación sustantiva aplicable a la nulidad matrimonial, a la separación judicial y al divorcio en estos casos.

#### **Dualidad en la delimitación**

En relación con la primera cuestión se ha de atender, de cara a su delimitación, al doble régimen jurídico anteriormente enunciado que en estos supuestos contempla el sistema español de DIPr.

De un lado, el artículo 3. 1 del nuevo Reglamento de Bruselas II, ex. art. 2 R. 1347/200, establece dentro de la competencia general en asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, siete foros de competencia, según los cuales serán competentes para resolver sobre las cuestiones relativas al divorcio, a la separación judicial o a la nulidad del matrimonio de los cónyuges los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la Unión Europea, como es el caso de España,

#### **a) En cuyo territorio se encuentre-**

La residencia habitual de los cónyuges, o

- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- a residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- a residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses anteriores a la presentación de la demanda y o bien es nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su domicilio.<sup>22</sup>

#### **b) De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, del domicilio de ambos cónyuges**

De otro lado, para el ámbito extracomunitario, normativa en principio más indicada para ser invocada en el caso de Ecuador, se aplicarán los foros de competencia previstos en el art. 22 LOPJ. Disposición que señala los casos en los que pueden conocer de un asunto relativo a la nulidad matrimonial, a la separación judicial y a un divorcio, los jueces y tribunales españoles.

Dos precisiones en este sentido. En primer lugar, hay que matizar que en España los foros en materia de crisis matrimoniales sólo habilitan a los tribunales españoles a conocer concretamente sobre la materia estricta de la crisis matrimonial, pero no en relación con otros aspectos colaterales aunque de trascendental importancia que suelen decidirse conjuntamente, tales como la custodia de los hijos, el pago de los alimentos a los hijos y la pensión que se deberá pasar al cónyuge, el régimen económico del matrimonio, etc. A cada una de estas cuestiones se deberá aplicar un régimen normativo autónomo e independiente. En segundo lugar, la normativa contemplada en el art. 22 LOPJ no indica la competencia territorial interna. Es decir, qué juzgado o tribunal es el competente por razón del territorio, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de Salamanca, Badajoz, Valencia, Bilbao, etc. Únicamente se refiere a la competencia judicial internacional en general, no a la territorial, en particular. Para determinar ésta última se utiliza como regla general el criterio de la competencia territorial recogido en el art. 50, *Fuero General de las Personas Físicas* de la LEC y, también, en el art. 769 LEC que hace competente al juez del domicilio del actor en España, en virtud del cual, el criterio de la residencia habitual del demandante o actor sirve como foro de competencia territorial. De modo que, si el actor que pretende la separación judicial, la nulidad o el divorcio reside en Madrid, será competente el Juez de Primera Instancia de Madrid del partido correspondiente.<sup>23</sup>

Si después de aplicar los foros de competencia del art. 22 LOPJ, son definitivamente competentes los tribunales españoles para conocer sobre el fondo del asunto, también lo serán para dictar las medidas cautelares que consideren oportunas en el proceso, en virtud del artículo 22. 5 LOPJ.

#### **Desactivación de los foros de competencia españoles por el Reglamento de Bruselas II**

En virtud de lo expuesto en el apartado anterior, serán competentes los jueces y tribunales españoles para decidir sobre una demanda de nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio presentada por un ciudadano/a ecuatoriano/a residente en España, o bien por una demanda conjunta presentada por ambos, en los siguientes casos:

1. Cuando ambos cónyuges posean la residencia habitual en España al tiempo de la demanda (art. 22. 3 LOPJ). Es decir, en los casos en los que el matrimonio ecuatoriano inste una demanda conjunta de separación judicial, nulidad matrimonial o divorcio en España, serán judicialmente competentes los jueces y tribunales españoles en virtud del art. 22. 3 LOPJ. Foro que responde al principio de proximidad del supuesto con el Estado español.

No obstante, este foro de competencia ha sido *desactivado* por el Reglamento 1347/2000, así como por su sucesor, siempre y cuando la demanda sea posterior al 1 de marzo de 2001, pues, según Bruselas II, la residencia habitual del demandado en España es foro de competencia suficiente para la aplicación del mencionado Reglamento comunitario, art. 2. 1 a) RB II, art. 3. 2 a) del nuevo Reglamento de Bruselas II.<sup>24</sup>

2. Cuando los cónyuges tengan nacionalidad española, sea cual sea su residencia, siempre que se promueva la petición de mutuo acuerdo o por uno con consentimiento de otro (Art. 22. 3 LOPJ). Foro que también queda desactivado o inutilizado por el Reglamento 1347/2000, art. 2. 1 b) RB II y por el nuevo Reglamento de Bruselas II, art. 3. 1 a). Este foro afectaría a los ecuatorianos que habiendo adquirido la nacionalidad española por cualquiera de las causas de adquisición o atribución de la nacionalidad,<sup>25</sup> regresen después a su país de origen, es decir, a Ecuador y, una vez allí, pretendan de manera consensuada, la nulidad, el divorcio o la separación. Aún residiendo en Ecuador, podrían optar por la competencia judicial internacional de los Jueces españoles y la aplicación del Reglamento comunitario. Supuesto que, aunque podría darse en la práctica, como es de suponer por las dificultades procesales que conlleva no será uno de los más frecuentes.
3. Cuando el demandado/a ecuatoriano/a tenga su domicilio en España (art. 22. 2 LOPJ). Foro desactivado también por el Reglamento de Bruselas II, que admite el foro de la residencia habitual del demandado, art. 2. 1 a) tercer guión y su correlativo en el art. 3 del nuevo RB II. Es éste un foro importante de cara a la problemática de los permisos de residencia de los ecuatorianos en España. Es decir, a la tenencia de los ansiados *papeles*, ya que el presente foro de competencia exige de la tenencia de la residencia habitual en España a un ecuatoriano/a que se quiera separar, divorciar o solicitar la nulidad del matrimonio en nuestro país. Basta que el demandado *viva habitualmente en España* (art. 40 Código Civil español). Sin que sea preciso exigir que esté inscrito en los Registros Públicos o en el Padrón Municipal de un determinado Ayuntamiento del territorio español.<sup>26</sup>
4. Independientemente de la nacionalidad, en los casos en que ambos cónyuges se hayan sometido a los tribunales españoles (art. 22. 2 LOPJ). De este modo, si dos cónyuges ecuatorianos se quieren someter voluntariamente a los Tribunales españoles, será un supuesto de sumisión que ampara la legislación española. En este punto la doctrina insiste en realizar una importante matización. He aquí un foro de competencia judicial internacional que ha sobrevivido a la aplicación del Reglamento comunitario de Bruselas II y que sobrevivirá también al nuevo Reglamento de Bruselas II. Ello es debido a que los citados Reglamentos no acogen la sumisión. En consecuencia, la sumisión en materia de nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio prevista en el art. 22. 2 LOPJ, tiene un alcance general que no altera a ningún principio básico del sistema de DIPr español en materia matrimonial y así es admitido tanto doctrinal,<sup>27</sup> como jurisprudencialmente.<sup>28</sup>

En conclusión, tanto el Reglamento de Bruselas II como de manera lógica y continuista el nuevo Reglamento de Bruselas II han desactivado muchos de los foros de competencia contenidos en el art. 22 LOPJ (Supuestos 1. 2 y 3). De ahí que, en materia de competencia judicial internacional en el ámbito de crisis matrimonial, la normativa europea comunitaria también es susceptible de ser aplicada a supuestos extracomunitarios. Se puede aplicar a un ciudadano ecuatoriano residente en España o que simplemente viva habitualmente en nuestro país, con el objetivo de no dar lugar a una discriminación en los criterios de aplicación personal del RB II por razón de la nacionalidad.<sup>29</sup> Así, se admite, como criterio general, la competencia de los tribunales españoles sobre la base de la mera residencia habitual en España del actor de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Criterio que encaja a la perfección con uno de los principios que con más fuerza rigen el Derecho matrimonial internacional, el del *Favor divortii*, también contemplado en el art. 85 Cc español y en la aplicación de los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento de Bruselas II, tanto antes como después de la reforma.

## Derecho aplicable

### Legislación sustantiva: recientes modificaciones legislativas

En cuanto a la segunda cuestión relativa al Derecho aplicable a estos procesos es importante precisar que la mencionada modificación de la normativa española a los supuestos matrimoniales internacionales comprende todos los casos. Es decir, el aplicador del Derecho tendrá que tener en cuenta que la reciente reforma legislativa se hará notar tanto en el ámbito comunitario europeo como en el extracomunitario, puesto que hay que recordar que el mencionado Reglamento de Bruselas II sólo atañe a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de sentencias procedentes de países miembros, pero no comprende la legislación sustantiva aplicable; donde, a falta de un convenio internacional al respecto, se ha de recurrir a los arts. 9. 2 y 107 del CC que, como se ha especificado, en España han sido recientemente reformados por el artículo tercero de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*.

En primer lugar, resulta de aplicación el apartado 2 del artículo 9 del Cc. Disposición que en materia de separación judicial y divorcio, y que ahora tras la reforma también incorpora la nulidad del matrimonio, hace una remisión expresa al art. 107 del mismo Código. Norma de conflicto específica en el sistema de DIPr español en virtud de la cual, tras la modificación, será de aplicación:

- A la nulidad del matrimonio y sus efectos: la Ley aplicable a su celebración (107.1 Cc).
- A la separación judicial y al divorcio se aplicará (art. 107. 2 Cc): la Ley nacional común de los cónyuges al tiempo de presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, a la Ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, a la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. Supuesto, este último, que ha sido incorporado tras la modificación actual. También se ha

añadido el siguiente apartado: *En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:*

- a) *Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.*
- b) *Si en la demanda presentada ante el tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.*
- c) *Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.*

En atención a la primera conexión, que en la práctica es la más frecuente, si en el momento de presentar la demanda la nacionalidad común de los cónyuges es la de un país extracomunitario, por ejemplo Ecuador, ésta será la ley que habrá de aplicar el juez español. Dando por sabido que la ley extranjera mencionada será de aplicación a los aspectos sustantivos de la separación, nulidad o divorcio, pero no a los procesales, ya que si el proceso se sigue en España, la ley aplicable al mismo es la española. En el caso de que la Ley aplicable fuera, por ejemplo, la de un país que no admitiera la separación o el divorcio, es muy probable que en este supuesto dicha Ley pudiera considerarse discriminatoria o contraria al orden público español. De ahí que, para eludir su aplicación, se podría recurrir al apartado c) del art. 107. 2 Cc. Hecho que llevaría finalmente a aplicar el Derecho español. Con ello, se da respuesta a una problemática que había sido denunciada de manera sistemática ante el Defensor del pueblo español por considerar que se conducía a la indefensión a muchas de las mujeres extranjeras, en especial de nacionalidad marroquí, que solicitaban la separación o el divorcio en nuestro país. Según éstas críticas el desamparo se producía porque al remitirse a la ley común que era la aplicable se encontraban con que no se podían separar ni divorciar debido a que en su país de origen ni el divorcio ni la separación se encontraban reconocidos.

Con la reforma del art. 107, se intentan superar los límites que suponía la aplicación de la ley nacional común al primar el interés de la persona que pretende lograr la separación o el divorcio (Exposición de Motivos, considerando IV-4º). El artículo 107. 2 c) da preferencia a la ley española sobre aquella designada aplicable si ésta última no reconociera la separación o el divorcio, o en caso de hacerlo, fuera de manera discriminatoria o contraria al orden público.<sup>30</sup> La nueva redacción dispositiva ha plasmado una solución normativa específica para estos casos cuando no hubiera hecho falta, pues también se hubiera podido eludir la aplicación de la ley extranjera discriminatoria por su contrariedad con el orden público utilizando el mecanismo que el sistema español de DIPr ya tiene previsto para estos casos. Es decir, acudiendo al art. 12. 3 Cc como cláusula de exclusión de la Ley extranjera por motivos de orden público. De otro lado, según nuestra doctrina y el silencio manifestado en nuestro Código civil se deduce una consecuencia importante. La imposibilidad de plantear la sumisión expresa de los cónyuges a la ley española.

Cosa distinta es que, en la práctica, la aplicación del Derecho ecuatoriano pueda plantear un problema de prueba ante el Juez español. En este caso, por mandato del art. 281. 2 LEC, el interesado es el que deberá probar el Derecho

ecuatoriano, en lo que respecta a su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Tribunal español competente pueda valerse de cuantos medios de averiguación considere necesarios para su aplicación. Dependiendo de la dificultad para comprobar la vigencia del Derecho extranjero en cuestión, sería posible y muy razonable solicitar la práctica de prueba consistente en que por medio de una comisión rogatoria, a través del conducto oficial de la Subdirección General de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Justicia español, se proceda a verificar la mencionada vigencia del Derecho extranjero al Ministerio de Asuntos Exteriores de Ecuador.

### Posibilidad de reenvío de retorno a la ley española

No obstante lo anterior, se impone una precisión en cuanto a la aplicación de la ley ecuatoriana por el Juez o tribunal español en ciertos supuestos en los que se puede plantear la posibilidad de un reenvío de retorno o reenvío de primer grado a la ley española. Ello podría articularse en uno de los casos más frecuentes en la práctica: aquel en el que los dos protagonistas de la crisis matrimonial, los dos cónyuges, continúen teniendo la nacionalidad ecuatoriana al plantear la demanda. La residencia es aquí irrelevante. No importa que el domicilio conyugal se encuentre en España o que uno de los cónyuges resida en Ecuador y el otro en el Estado español. Lo que importa es que sobre la base de la primera conexión de la legislación sustantiva aplicable será de aplicación la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda, art. 107 Cc español. Pues bien, si la ley española contiene en ésta disposición una norma conflictual que determina la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentar la demanda, en este caso la ley ecuatoriana, y nos dirigimos a lo prescrito por la misma, se ha de tener en cuenta el Derecho ecuatoriano en su conjunto, tanto el material como el conflictual.

Una vez en la legislación ecuatoriana puede darse que en los casos de separación judicial y divorcio exista también un reenvío a la ley del país donde se encontrarán los cónyuges. En consecuencia, la ley española podría ser finalmente la aplicable en el estricto supuesto en que los dos cónyuges de nacionalidad ecuatoriana tuvieran su domicilio conyugal en España. En este reenvío de retorno a la ley española la remisión se produce al Derecho español, pero ya no al derecho conflictual, sino al Derecho material que declara aplicable la normativa española de separación judicial y divorcio (art. 12. 2 Cc español).

En todo caso, en España hay que matizar que en la práctica todo dependerá de la aceptación o no del reenvío por el juez competente en ese momento. Como es sabido, la contradicción inherente en el art. 12. 2 Cc español y su marcado carácter nacionalista sólo ha derivado en una reducida jurisprudencia y la escasa que existe al respecto es extraordinariamente vacilante y contradictoria. Sin embargo, es también conocido que existen supuestos en los que la jurisprudencia ha negado tradicionalmente los casos de reenvío y otros en los que se considera bastante aceptado. Nuestro objeto de estudio se encuentra dentro de este último grupo al haberse defendido la proyección del reenvío sobre ciertas

cuestiones derivadas del estatuto personal. En particular, a la capacidad, a las sucesiones y a los regímenes matrimoniales que aquí nos ocupan.<sup>31</sup> Además, en este caso se defiende la admisión de un reenvío de primer grado que declararía aplicable la ley española porque, como señalaba A. Pérez Voiturez, la respuesta a la cuestión del rechazo o aceptación del reenvío debería desenvolverse dentro de la idea de *búsqueda de la vinculación más estrecha de la situación con uno de los ordenamientos implicados*.<sup>32</sup> Por tanto, en el caso en el que los dos cónyuges se encontrasen en España es claro el cumplimiento en sentido positivo de este requisito que llevaría a aceptar el reenvío a la ley española.

### Reconocimiento y ejecución en España de decisiones matrimoniales procedentes de Ecuador

El tercer sector de DIPr afectado, esto es, la cuestión de la eficacia en España de las sentencias ecuatorianas en materia de nulidad, separación judicial y divorcio, se regula, al igual que en el caso de la competencia judicial internacional, atendiendo a un doble régimen jurídico. De un lado, a las resoluciones procedentes de la Unión Europea posteriores al 1 de marzo de 2001, excepto las danesas, se aplica el Reglamento 1347/2000. Así, hasta el 1 de marzo de 2005. Fecha a partir de la cual será de aplicación el nuevo Reglamento de Bruselas II núm. 2201/2003. Para el resto de resoluciones procedentes de Ecuador, en particular, y de Terceros Estados no europeos, en general, se aplicaba el art. 107. II Cc, que remitía al procedimiento general de la LEC. Sin embargo, como ya se ha señalado, el silencio observado en la *Ley Orgánica 11/2003* en cuanto a los efectos que producirán en el ordenamiento español las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros, al haberse derogado el segundo párrafo del anterior art. 107 Cc, permite deducir que en este aspecto se seguirá acudiendo al régimen general de reconocimiento y ejecución de sentencias. Se aplicará, en consecuencia, el Régimen Autónomo de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, arts 951-958 LEC de 1881, todavía en vigor, a excepción de las disposiciones que han sido recientemente modificadas, arts. 955 y 958 LEC.

En consecuencia, para el reconocimiento y la ejecución en España de las decisiones dictadas en procesos relativos a supuestos de crisis matrimoniales ecuatorianas se aplica el procedimiento estándar de exequátur contemplado en los arts. 951 y siguientes de la LEC, que contienen, a su vez, dos sistemas de reconocimiento. Uno, el sistema de reciprocidad, arts. 952-953 LEC. Y, el otro, el sistema de condiciones, contenido en el art. 954 LEC. El novedoso e importante aspecto que ha cambiado en ambos es el órgano competente para reconocer una sentencia dictada por un juez ecuatoriano en materia de nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio. Cambio particularmente relevante dado que hasta la fecha el órgano competente era el Tribunal Supremo español, según el art. 955. I LEC, en un procedimiento que en la práctica venía tardando entre año y año y medio. No obstante, gracias a la reforma del art. 955 de la LEC modificado por la *Ley 62/2003* se establece que: *Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reco-*

*nocimiento y ejecución de sentencias extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.* Asimismo, el art. 85.5 LOPJ modificado por la *Ley Orgánica 19/2003*, establece que: *Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal.*

En todo caso, las condiciones básicas del reconocimiento siguen siendo las mismas. Es decir, las contempladas en el art. 954 LEC: a) que la sentencia extranjera no sea contraria al orden público internacional español; b) que ésta no se oponga a otra dictada en el mismo asunto por tribunales españoles; c) que se controle la competencia del juez de origen que ha dictado la sentencia; d) que la sentencia extranjera sea auténtica y; e) que el procedimiento llevado a cabo en el extranjero no haya vulnerado los derechos de defensa del demandado. Si la ejecutoria se deniega se devolverá al país que la hubiera presentado, en este caso Ecuador, según el art. 958 LEC, habiendo sido el último párrafo de este artículo suprimido por la *Ley Orgánica 19/2003*.

En parangón con el sistema general de reconocimiento y ejecución que acaba de ser sumariamente descrito en los antiguos preceptos de la LEC, es fácil comprobar como las ventajas que ha aportado Bruselas II son numerosas en éste ámbito.<sup>33</sup> A partir de su entrada en vigor, todos los Estados europeos tienen una misma normativa para reconocer las sentencias matrimoniales procedentes de otro Estado miembro. Normativa que al estar unificada y dar muchas facilidades, ya que sirve al objetivo de la libre circulación de sentencias matrimoniales en todo el territorio comunitario, responde a una articulación sistemática sencilla, cómoda y rápida. Los tipos o sistemas de reconocimiento previstos en el Reglamento son varios dependiendo del efecto que se pretenda conseguir. El primero, el reconocimiento automático, que puede ser de dos tipos: judicial (art. 14. 1 RB II, art. 21. 1 nuevo RB II) y registral (art. 14. 2 RB II, art. 21. 2 nuevo RB II). El segundo, el reconocimiento principal (art. 14. 3 RB II, art. 21. 3 nuevo RB II). Y, por último, el reconocimiento incidental (art. 14. 4 RB II, art. 21. 2 nuevo RB II). De entre ellos, la peculiaridad principal de Bruselas II es la comunitarización del denominado *reconocimiento automático* que ha suprimido el requisito, hasta entonces obligatorio, de obtener un previo exequátur ante el Tribunal Supremo. Exequátur que, como se ha especificado, ahora, tras la modificación operada por la *Ley Orgánica 62/2003* sobre el art. 955 LEC, en España sería ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente según la citada disposición.

Hoy, en los países europeos, es posible invocar directamente la resolución matrimonial extranjera ante cualquier órgano jurisdiccional o Registro público, dependiendo de si el reconocimiento automático es judicial o registral. En la práctica, este último es el más frecuente, al ser el efecto constitutivo y su consecuencia registral el efecto más busca-

do por el ciudadano europeo. Sin duda, a partir del RB II es claro que la aplicación del reconocimiento automático ha comportado un ahorro de tiempo y de dinero, al procederse a la actualización de las actas del Registro civil sin ninguna otra decisión previa ni tener que esperar el visto bueno del TS ni de ningún otro tribunal.<sup>34</sup> Como se puede comprobar Bruselas II ha suprimido muchos de los trámites que anteriormente dificultaban la libre circulación de sentencias en este ámbito. De ahí lo conveniente que sería tener un Convenio similar con Ecuador en este marco de cara a obtener un reconocimiento automático de sentencias matrimoniales entre ambos países, sin previo procedimiento de exequátur.

### Supuesto práctico: Guía orientativa de los pasos a seguir ante la presentación en España de una demanda de divorcio por ciudadanos/as ecuatorianos/as

Una vez analizados los tres sectores internacionalprivatistas afectados en relación con la nulidad matrimonial, la separación judicial y el divorcio y las soluciones a los problemas jurídicos que de ellos se derivan para los miles de ciudadanos ecuatorianos/a que se encuentran en España, a continuación, se ha considerado conveniente aplicar parte de lo examinado en la práctica. Para ello, qué mejor que proceder con un supuesto fáctico. A partir de él se indicarán los pasos a seguir para instar una demanda de divorcio ante un juez español y la determinación del Derecho aplicable a la misma. El propósito que se pretende con esta actuación es que a través de la lectura de la demanda se obtenga de manera fácil y completa cualquier otro tipo de información sobre la que no se haya incidido en particular, pretendiendo, así, despejar muchas de las dudas que se plantean de *lege ferenda*.

Supongamos, por ejemplo, el caso de Dña. María G.R., mujer de nacionalidad ecuatoriana casada con el nacional ecuatoriano D. Miguel P.N. desde 1990 y con cuatro hijos en común. Dña. María reside en Madrid desde 1994. En 1996 pudo traerse a España al resto de su familia gracias a un permiso de reagrupación familiar y estableció el domicilio conyugal en la calle Salitre núm. 6, distrito de La Latina en Madrid. Tras cinco meses en España el marido decide ir a trabajar a Francia desde donde envía dinero regularmente a su familia por un período de ocho meses. Sin embargo, poco tiempo después su familia deja de recibir noticias suyas enterándose por distintos medios que éste había regresado a Ecuador. El 8 de enero de 2004, Dña. María, habiendo adquirido la nacionalidad española, decide formalizar su situación conyugal y presenta demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, contra su cónyuge, residente en Ecuador. La competencia de los jueces y tribunales españoles podría fundamentarse sobre la base del art. 2. 1 a) del Reglamento de Bruselas II núm. 1347/2000 articulándose la demanda del modo señalado en el cuadro de la próxima página.

### Análisis final

La solución a las cuestiones jurídicas consustanciales a las crisis matrimoniales de los ciudadanos ecuatorianos en España encuentran un marco legal en el sistema español de DIPr que, aunque no es todo lo adecuado que sería de desear es, al menos, suficiente. En el ordenamiento español existe un régimen normativo doble para determinar la competencia judicial internacional y regular la eficacia de las sentencias extranjeras dictadas en materia matrimonial. En concreto, la dualidad se refleja, con especial intensidad, en el tratamiento de la nulidad matrimonial, la separación judicial y el divorcio. Por un lado, a partir del 1 de marzo de 2001, se viene aplicando el Reglamento comunitario 1347/2000, *Bruselas II*. Normativa que en breve será sustituida por el nuevo Reglamento de Bruselas II, núm. 2201/2003, que tiene previsto comenzar su aplicación efectiva el 1 de marzo de 2005. En todo caso, ambas normativas sólo afectarán a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras dictadas en materia matrimonial, excluyéndose el sector del Derecho aplicable para el que no existe un convenio específico en éste ámbito. De otro lado, se aplicará el Régimen Autónomo o la normativa española interna de DIPr. Sistema contemplado, principalmente, en varias disposiciones procedentes de distintos cuerpos legales. En concreto, en el art. 22 LOPJ para la competencia judicial internacional, sobre todo en los casos de sumisión; en los arts. 9.2 y 107 Cc, reformados por la Ley Orgánica 11/2003, para el Derecho aplicable; y en los arts 951 al 958 de la antigua LEC de 1881 en el sector del reconocimiento y la ejecución, con las modificaciones señaladas en los artículos 955 y 958.

Tomando como referencia la normativa existente, dos son las cuestiones que sucesivamente se han planteado a la hora de instar la nulidad matrimonial, la separación judicial o el divorcio de dos cónyuges de nacionalidad ecuatoriana residentes en España. La primera, cuál es la competencia judicial internacional para conocer del asunto. Es decir, si son competentes los Jueces y Tribunales españoles. Y, la segunda, cuál es la legislación sustantiva aplicable a la nulidad, separación o divorcio. En primer lugar, para determinar si los jueces y tribunales españoles son competentes para conocer de un litigio internacional en materia matrimonial que afecte a un ecuatoriano/a, o a ambos, afincados en nuestro país, se ha aplicado el art. 22 LOPJ. Normativa que, como se ha visto, a pesar de establecer de manera tradicional los foros de competencia en esta materia ha quedado en gran parte relegada. Ello se debe a que, en la práctica, muchas de las disposiciones del Reglamento comunitario de Bruselas II han desactivado los foros españoles de competencia. En consecuencia, como se ha observado, para justificar la competencia de los jueces y tribunales españoles será posible la aplicación de la normativa europea a un ecuatoriano/a, o a ambos cónyuges ecuatorianos, que insten la nulidad matrimonial, la separación judicial o el divorcio en España.

En cuanto al Derecho aplicable, se ha aplicado el art. 9.2 del Cc que, en lo que respecta a la nulidad matrimonial, separación judicial y al divorcio, remite expresamente al art. 107 de dicho Código reformado por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*. Finalmente, para el reconocimiento en España de decisiones extranjeras no comunitarias

### Instancia al Juzgado de Primera Instancia

Don (...) Procurador de los Tribunales, con domicilio en esta ciudad, Calle....., en nombre y representación de Dña. María G.R., cuyas circunstancias personales son las siguientes (...) y cuya representación procesal se formalizará mediante comparecencia apud acta, una vez concretado el Juzgado al que por turno de reparto le corresponda la presente demanda, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho y bajo la dirección técnica de D. (...) Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Colegiado número (...) y con despacho profesional en (...)

#### Digo

Que en la representación indicada y por medio del presente escrito, formulo DEMANDA DE DIVORCIO CONTENCIOSO entre mi representada contra su cónyuge D. Miguel P.N., cuyas circunstancias personales son (...) extranjero y con actual domicilio en Ecuador. Demanda que tiene su fundamento en los siguientes

#### Hechos

Primero: Mi mandante y su esposo contrajeron matrimonio civil el día (...) en Ecuador, matrimonio que fue inscrito en el Registro Civil de la ciudad (...), en el Tomo y página (...). Se acompaña a la presente, certificado de la inscripción del referido matrimonio expedido por el Registro Civil de la citada localidad.

Segundo: De dicho matrimonio han nacido cuatro hijos, cuyas circunstancias son las que siguen (...)

Tercero. Que debido a los desacuerdos producidos en el matrimonio y a la residencia separada de ambos en distintos países, ambos cónyuges llevan seis años sin convivencia conyugal, figurando el domicilio conyugal en la C/Salitre nº 6, en Madrid, España

Como fundamento de los hechos anteriores se adjuntan a la presente demanda los siguientes documentos: - Certificación de la Inscripción en el Registro Civil y -Certificaciones registrales de los nacimientos de los hijos comunes.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

#### Fundamentos de derecho

Primero. La representación del actor y la postulación a la presente demanda es la procedente conforme al art. 750 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000.

Segundo. En cuanto a la Competencia Judicial Internacional, este es un caso que puede decidirse conforme al art. 2. 1 a) del Reglamento comunitario 1347/2000 de 29 de mayo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, de ahora en adelante, el Reglamento de Bruselas II. No es posible aplicar el art. 22 LOPJ, porque el Reglamento citado ha desactivado los foros de competencia autónomos, aplicándose de forma preferente a estos

cuando, como en el caso, se cumplen varias de los foros objetivos de competencia judicial internacional contemplados en el art. 2.1 a) del Reglamento. Son foros que operan con carácter alternativo. Basta con que concurren uno de los foros previstos en el convenio para que los tribunales del país del que se trate se declaren competentes. Cosa que ocurre en el supuesto, puesto que España ha sido el país de la última residencia habitual de los cónyuges y la demandante reside en España y, además, ha adquirido la nacionalidad española en el momento de presentación de la demanda. El juez ante el que se presenta la demanda de divorcio, separación o nulidad debe comprobar su competencia de oficio.

Tercero. En cuanto a la competencia territorial se interesa la aplicación del art. 769 LEC, que hace competente al juez correspondiente al domicilio del actor en España, toda vez que el demandado no reside en España. Se interesa igualmente la aplicación del art. 770 LEC 2000, que regula el procedimiento a seguir en la presente demanda de divorcio por vía contenciosa.

Cuarto. En cuanto a la ley aplicable, de acuerdo con el art. 107. 2 Cc reformado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se interesa la aplicación de la ley española por los siguientes motivos: Al haber adquirido la demandante la nacionalidad española los cónyuges ya no tienen nacionalidad común al tiempo de presentación de la demanda, por lo que, a falta de ley nacional común, será de aplicación la ley de la residencia habitual del matrimonio, es decir, la ley española. Y, en concreto, el art. 85 Cc. En cuanto a la disolución del matrimonio por divorcio.

Quinto. En cuanto a las causas del divorcio se invoca el art. 86 Cc.

Sexto. Debe ser parte el ministerio Fiscal, al ser todavía menores los hijos habidos en el matrimonio.

Séptimo. Se interesa la aplicación del art. 394 LEC que regula las costas que deben imponerse al demandado para el caso de oposición.

En atención a lo anteriormente expuesto:

#### Suplico al juzgado

Que teniendo por presentado este escrito de demanda junto a los documentos y copias que se acompañan, tenga a bien admitirla, y tener por formulada, por consiguiente, demanda de divorcio de D. (...) contra su esposo (...) y cumplidos los trámites pertinentes como es el recibimiento a prueba, que desde ya se solicita, tenga a bien dictar en su día sentencia por la que se declare la disolución del matrimonio por divorcio, de mi representada Dña. María G.R. y D Miguel P.N.

Es justicia que pido en la ciudad de Madrid a 8 de enero de 2004.

Fdo. Letrado  
Fdo. Procurador

en materia matrimonial se ha aplicado el procedimiento estándar de *exequátur*. Cuya novedad principal es que, a partir de 2004 y gracias a las recientes reformas operadas por la Ley Orgánica 19/2003 y por la Ley 62/2003, ya no será llevado a cabo ante el Tribunal Supremo, sino por los Juzgados de Primera Instancia, con el ahorro de tiempo que ello tiene previsto conllevar. Ahora bien, por el momento, es demasiado pronto para saber si será ésta una medida que dé el fruto deseado en la práctica por lo que se estará a la espera de cómo transcurre y se desarrolle esta nueva posibilidad de *lege ferenda*.

En conclusión, en relación con la aplicación de la normativa comunitaria en materia matrimonial a los ciudadanos/as ecuatorianos/as residentes en España, se ha de hacer una importante diferenciación entre el sector de la compe-

tencia y el del reconocimiento y ejecución. Las normas de competencia son susceptibles de amparar a un residente ecuatoriano por el simple hecho de residir en un país europeo como España. La llamada *conexión comunitaria* será suficiente para fundamentar la competencia de los jueces y tribunales españoles sobre la base del nuevo Reglamento de Bruselas II, art. 3. 1 a), ex. art. 2.1 a) RB II, para decidir de un supuesto de nulidad, separación o divorcio, aunque el cónyuge del ecuatoriano demandado se encuentre en un país no comunitario como Ecuador. Sin embargo, en cuanto al reconocimiento de las decisiones dictadas en materia matrimonial, el Reglamento sólo se aplicará al reconocimiento de decisiones comunitarias en el marco comunitario.

### Notas

1. Oficina de Relaciones Informativas y Sociales, correo electrónico: [serviprs@documenta.mir.es](mailto:serviprs@documenta.mir.es)
2. Publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, DOCE, L 160 de 30 de junio de 2000.
3. Publicado, como el anterior en el DOCE, actual Diario Oficial de la Unión europea, DOUE L 338/1 de 23 de diciembre de 2003.
4. Sobre la simple *conexión comunitaria* como criterio de aplicación del Reglamento de Bruselas II, vid. E. Rodríguez Pineau, *El nuevo Reglamento Comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental*, La Ley, Unión Europea, núm. 5944, viernes 30 de enero de 2004, p. 2.
5. Boletín Oficial del Estado Español –BOE–, núm. 157, de 2 de julio; corr. de errores en el BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1985.
6. Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889.
7. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000; corr. de errores, BOE núm. 90, de 13 de abril.
8. BOE, de 30 de septiembre de 2003.
9. Sobre las modificaciones producidas por dichos cambios, vid. *infra.*, el epígrafe V.
10. Estos Convenios, respectivamente, son los siguientes: Convenio bilateral firmado entre España y: 1. Suiza: Tratado sobre la ejecución de sentencias en materia civil y comercial entre España y Suiza, hecho en Madrid el 10 de noviembre de 1986 (Gaceta de Madrid de 9 de julio de 1898). 2. Colombia: Convenio sobre ejecución de sentencias civiles entre España y Colombia, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1908 (Gaceta de Madrid de 18 de abril de 1909). 3. República Checa y Eslovaquia: Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987 (BOE núm. 290 de 3 de diciembre de 1988 y corrección de errores en el BOE núm. 22 de enero de 1989, completado con intercambio de notas de 21 de marzo de 1994 y 2 de febrero de 1995, por el que tanto la República Checa como Eslovaquia declaran la vigencia de este Convenio para sus respectivos países, siendo la entrada en vigor el 10 de diciembre de 1988). 4. México: Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales, en materia civil y mercantil entre España y México, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989 (BOE núm. 108 de 6 de mayo de 1991 y BOE núm. 226 de 20 de septiembre de 1991). 5. Israel: Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989 (BOE núm. 3 de 3 de enero de 1991 y corrección de errores en el BOE núm. 20 de enero de 1991, entrada en vigor el 13 de enero de 1991). 6. Brasil: Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre España y Brasil, hecho en Madrid, el 13 de abril de 1989. (BOE núm. 164 de 10 de julio de 1991 y corrección de errores en el BOE núm. 193 de 13 de agosto) 7. Bulgaria: Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (BOE núm. 155 de 30 de junio de 1994). 8. China: Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992 (BOE núm. 26 de 31 de enero de 1994 y corrección de errores en el BOE núm. 60 de 11 de marzo de 1994, entrada en vigor el 1 de enero de 1994). 9. Rusia:

## Notas

- Convenio entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid, el 26 de octubre de 1990 (BOE núm. 151 de 25 de junio de 1997. En la actualidad, el Convenio debe entenderse en vigor entre España y Rusia. Entrada en vigor, el 22 de julio de 1997).
10. Marruecos: Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 151 de 25 de junio de 1997. Entrada en vigor de 1 de julio de 1999).
11. Uruguay: Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República oriental de Uruguay hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 1998. Entrada en vigor el 30 de abril de 1998). Y, 12, el más reciente, firmado con Rumania: Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho *ad referendum* en Bucarest el 17 de noviembre de 1997 (BOE núm. 134 de 5 de junio de 1999 y BOE núm. 158 de 3 de julio de 1999. Entrada en vigor el 13 de junio de 1999).
- 11 Sobre el *forum shopping* en el marco del Derecho internacional de familia y los numerosos intentos para evitarlo en la jurisprudencia española, vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 1997, REDI, vol. L (1998), 1 con nota de F. Esteban de la Rosa, id. cit., pp. 283-287.
- 12 DOCE núm. C 27, de 26 de enero de 1998.
- 13 Informe explicativo del mismo a cargo de la catedrática de Derecho Internacional Privado Dña. Alegría Borrás Rodríguez, DOCE, C 221, de 16 de julio de 1998, pp. 27-64.
- 14 DOCE núm. L 012, de 16 de enero de 2001; corr de errores, DOCE núm. L 307, de 24 de noviembre; DOCE núm. L. 176, de 5 de julio de 2002.
- 15 En relación con las críticas referidas al estrecho margen de aplicación del Reglamento, vid. R. Caro Gandara, *Algunos problemas derivados del ámbito de aplicación personal del Reglamento 1347/2000 de 29 de mayo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*, SEPIN, Revista de Derecho de Familia, núm. 14, 2002, pp. 259-257, J. Carrascosa, *Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000* en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 213-239; B. Ancel y H. Muir-Watt, *La désunion européenne: le règlement dit Bruxelles II*, R.C.D.I.P., 2001, PP. 403-457, Gaudemet-Tallon, *Le Règlement núm. 1347/2000 du Conseil du 29 du mai: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, Journ. dr. int., 2001-2, pp. 382-430 y A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Colex, 2004.
- 16 COM (2002) 222 final/2 -2002/0110 (CNS).
- 17 DOCE núm. C 61, de 14 de marzo de 2003.
- 18 Dando cuenta de los escasos cambios sustanciales susceptibles de ser producidos por la Propuesta y las diferencias que ello podría conllevar en relación con el Reglamento de Bruselas II, vid. M. Gonzalo Quiroga, *Cuadros de aplicación práctica ante la Propuesta de Reglamento en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento CE n.º 1347/2000 y modificando el Reglamento CE n.º 44/2001 en materia de alimentos*, SEPIN, Revista de Familia, julio-agosto 2003, núm. 24, pp. 39-46. Refiriéndose, en concreto, a las ampliaciones del ámbito de aplicación material y a las correcciones técnicas al Reglamento 1347/2000, cf., E. Rodríguez Pineau, *El nuevo Reglamento...*, loc. cit., pp. 4-8.
- 19 Sobre el particular, vid. E. Rodríguez Pineau, *El nuevo Reglamento...*, loc. cit., p. 14.
- 20 País que voluntariamente se ha quedado fuera del Reglamento al rechazar la aplicación del Título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Título en el que, precisamente, se ha basado la cimentación del Reglamento. Sobre el caso danés y Bruselas II, en general, vid. el trabajo de A. Borrás Rodríguez, Informe explicativo del Convenio..., op. cit., pp. 27-64.
- 21 Vid. *Infra*. Los casos en los que el Reglamento de Bruselas II desactiva los foros de competencia del régimen autónomo español previstos en el art. 22 LOPJ.
- 22 A los efectos de la aplicación del Reglamento se entiende por *domicile* en el mismo sentido que dicho término tiene con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda, art. 3. 2 del nuevo RB II, art. 2.2 del anterior.

**Notas**

- 23 Para mayor información sobre el particular en cuanto a la competencia territorial interna, vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Práctica Procesal Civil Internacional*, Granada, Comares, 2001, pp. 141-142, apartado 26.
- 24 Desactivación de los foros de competencia por actuación del Reglamento comunitario original de A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Práctica Procesal Civil Internacional*, op. cit., pp. 140-141. En contra, Sánchez Jiménez, M<sup>a</sup>.A., loc. cit., p. 198.
- 25 En este sentido la Ley española en materia de nacionalidad ha sido reformada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, BOE n<sup>o</sup> 242, de 9 de octubre de 2002.
- 26 Argumento que erróneamente sostuvo la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Estepona de 23 de febrero de 1990 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de enero de 1991.
- 27 Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Práctica...*, op. cit., p. 141.
- 28 Así ha sido reflejado en los siguientes Autos y sentencias dictados por Jueces y Tribunales españoles, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de diciembre de 1994, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de febrero de 1997, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de febrero de 1997 y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de febrero de 1998: (...) *Los órganos jurisdiccionales españoles tienen jurisdicción en el proceso matrimonial cuando las partes se han sometido a ellos, expresa o tácitamente, o bien cuando la parte demandada tenga el domicilio en España*, (Ar. Civ. 448).
- 29 Sobre la discriminación por razones de nacionalidad introducidas por Bruselas II, vid. el trabajo de M. Gómez Jene, *El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad*, La Ley, núm. 5321, 2001, pp. 1-8.
- 30 Vid. los comentarios al respecto y la jurisprudencia enunciada por Vargas Gómez Urrutia, M., *Matrimonio poligámico, orden público y extranjería*, La Ley, 11 de septiembre de 2003, p. 8.
- 31 Cf. E. Pérez Vera (directora), A.P. Abarca Junco., M. Gómez Jene, M. Guzmán Zapater y P.P. Miralles Sangro, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Madrid, UNED, 2001, pp. 151-155.
- 32 Id. cit., p. 156.
- 33 Poniendo de relieve la difícil comparación que en el marco del reconocimiento y ejecución de sentencias en Derecho internacional de familia se da entre aquellos países comunitarios que entran en el reconocimiento de Bruselas II y el resto de sistemas que carecen de una normativa específica en este ámbito, vid. TH. M. De Boer, *Jurisdiction and Enforcement in International Family Law: A Labyrinth of European and International Legislation*, NILR, 2002, pp. 307-353.
- 34 Sobre el particular, vid. M. Herranz Ballesteros, *Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del Reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002*, La Ley, 10 de febrero de 2003, pp.1-7; y el estudio coordinado por S. Salvador Gutiérrez, *Aplicación en el Registro Civil del Reglamento Comunitario 347/2000, de 29 de mayo de 2000*, SEPIN, Noviembre 2002, núm. 16, Familia, pp. 79-84, sobre la interpretación de las dudas planteadas en relación con la actualización de los datos registrales por los magistrados/as encargados del Registro Civil de Madrid, Bilbao, Málaga, Barcelona y Sevilla.

# Justicia y Sociedad Civil

María Paula Romo

Una de las funciones esenciales del Estado es, sin duda, la de administrar justicia. ¿Cómo cumple el Estado ecuatoriano con esta función?, ¿cuál es la percepción de los ciudadanos?, ¿qué papel juega la sociedad civil frente al funcionamiento del sistema de administración de justicia?, ¿qué está pasando ahora mismo con esta materia? Estas son las preguntas a las que intenta responder el presente ensayo.

## ¿Cómo administra justicia el Estado ecuatoriano?

### ¿Cuál es la percepción de ciudadanos y ciudadanas?

¿Cómo administra justicia el Estado Ecuatoriano? No lo sabemos. En efecto, no existen datos suficientes para conocer con exactitud cómo cumple el Estado ecuatoriano con la función de administrar justicia. En ningún lugar encontramos datos sobre eficiencia, gestión, tiempo de resolución de las causas, por ejemplo.<sup>1</sup>

Algunos de los datos con los que contamos, los del informe del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, nos hablan –por ejemplo– de un alto porcentaje de causas resueltas en la mayoría de salas de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en ese mismo informe, el resumen anual sobre *Corte Superior de Quito, Tribunales y Juzgados* señala que existen más de 380.000 causas pendientes a diciembre del 2002 y que durante el año 2003 se acumularon 10.000 causas más (fueron resueltas 39.696 de 49.465 causas ingresadas).<sup>2</sup> Aunque estas cifras pueden provocar diferentes lecturas, podemos afirmar a primera vista que el sistema de administración de justicia no ofrece resultados eficaces a un número importante de usuarios y usuarias que pretenden resolver sus conflictos a través de esta vía.

¿Cuánto invierte el Estado Ecuatoriano en la Función Judicial? : En el año 2001, el 1,5% del Presupuesto General del Estado estuvo destinado a la Función Judicial. En los presupuestos del 2003 y 2004, se asignaron el 1,82% y el 1,97%, respectivamente; lo que en la Proforma presupuestaria de 2004 significó 137'300.000,00 dólares. ¿Cuán eficiente es esta inversión?: Tampoco podemos responderlo si no conocemos con precisión la cantidad de procesos resueltos con esos recursos, la celeridad con que se administró justicia en cada caso y las formas en que los recursos económicos y humanos fueron, o no, maximizados.

En el año 2002 había un total de 681 jueces, 323 fiscales y 32 defensores públicos. Se registraba así, una tasa de 5,6 jueces, 2,7 fiscales y 0,3 defensores públicos por cada cien mil habitantes.<sup>3</sup> ¿Cómo puede el Estado garantizar el derecho a la defensa cuando hasta hoy cuenta únicamente con 32 defensores públicos? De otras investigaciones se desprende que la sociedad civil ecuatoriana (fundaciones,

universidades, redes de organizaciones) brindan patrocinio legal gratuito a más personas que el Estado.

Independientemente de los datos objetivos sobre el funcionamiento del Sistema de Administración de Justicia o sobre algunos mecanismos a través de los cuales intervienen en él otras organizaciones, es esencial –en un Estado Social de Derecho– la confianza que ciudadanos y ciudadanas depositen en la Función Judicial. En el caso ecuatoriano, según el informe Auditoría de la Democracia,<sup>4</sup> solo un 16,1% de los ciudadanos confía en la Corte Suprema de Justicia y, según el mismo informe, durante el año 2002, el 58,3% de las personas que fueron víctimas de un delito no lo denunciaron porque *no sirve de nada*. Estos son datos alarmantes que deben llamar nuestra atención sobre la necesidad de trabajar no sólo en la reforma judicial, sino en la recuperación de la confianza de ecuatorianos y ecuatorianas en nuestras instituciones democráticas.

## ¿Es posible el cambio si no existe un mínimo impulso externo?

### La Reforma Judicial en el Ecuador

A partir de 1991 se inicia un proceso de reflexión y consulta sobre la necesidad de una reforma judicial. En 1995 se conformó un Grupo de Trabajo Inter-sectorial que diseñó un Plan Integral de Reformas. Varias de las metas establecidas en ese plan fueron trabajándose, hasta que en el año de 1999 –ya con la vigencia de la nueva Constitución– se vio la necesidad de actualizar ese Plan de Reformas a las nuevas condiciones establecidas por la Constitución de 1998. En esta actualización se consideraron como actores importantes a las organizaciones de la sociedad civil cuyo trabajo se centraba en temas de justicia: 140 organizaciones fueron convocadas a este proceso.

A partir de la persistente intervención de las organizaciones de la sociedad civil en materias de justicia, que podemos fijar en la década de los 90 y con la redacción del texto constitucional de 1998, el sistema de administración de justicia en el Ecuador ha sufrido varias reformas importantes que vale la pena recordar:

En 1992 se crea el Consejo Nacional de la Judicatura, estableciéndose así un manejo administrativo y financiero de la Función Judicial que ya no dependa de la Corte Suprema de Justicia, lo que le permite concentrar sus acciones en el ejercicio de su función de administrar justicia.

La Corte Suprema de Justicia pasó a ser una Corte de Casación en lugar de una corte de instancia, se organiza por salas especializadas en 1993. Se reconoce la validez de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, la Ley de Arbitraje y Mediación marca un nuevo momento en la historia de justicia ecuatoriana.

La Corte Suprema de Justicia creó un departamento exclusivamente dedicado a la modernización y a la implementación de varias reformas: Projusticia. Esta organización ha promovido varios espacios de consulta y participación y también ha implementado algunos proyectos dirigidos a la mejora del sistema (el programa piloto de Juzgados Corporativos, por ejemplo, cuyos resultados aún deben ser evaluados, y, debe asimismo, también analizarse el por qué de un funcionamiento tan distinto del mismo sistema en los juzgados pilotos de Quito, Guayaquil y Cuenca).

Entre las más importantes reformas que afectan a la administración de justicia y que fueron incluidas en la Constitución de 1998 están: la declaración de independencia interna y externa del sistema judicial, la responsabilidad de los jueces por sus actos de administración de justicia, la creación de la Carrera Judicial, el mandato constitucional (aún pendiente) de Unidad Jurisdiccional, la creación de Jueces de Paz (disposición constitucional que aún no se ha cumplido), el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a sus formas consuetudinarias de administrar justicia (que debía regularse por medio de una ley que aún no existe), se elevan a rango constitucional los principios procesales de oralidad, intermediación, celeridad, publicidad y eficiencia. Y otras normas importantes entre las que podría anotarse: la creación del recurso de amparo constitucional (aunque no se puede interponer en procesos judiciales), y la exigibilidad directa ante juez o autoridad de las normas de derechos humanos que estén contempladas en los instrumentos internacionales de los que el Ecuador es parte.

No podemos dejar de referirnos a la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal y, con él, el cambio de un sistema inquisitivo a uno dispositivo. Este nuevo sistema penal crea un Ministerio Público que juega un rol protagónico en el nuevo escenario de la justicia penal. Además de las necesidades y limitaciones que vamos descubriendo en el Ministerio Público, este nuevo sistema pone en evidencia una insuficiente Defensa Pública (al momento, existen 32 defensores públicos en todo el país,<sup>5</sup> que no están organizados por especialidad y definitivamente su número y condiciones de trabajo no son ni siquiera los mínimos para garantizar el patrocinio legal que la Constitución asegura como un derecho fundamental).

Una rápida evaluación de esta reforma nos permite concluir que existen cambios importantes, que se están dando pasos hacia un sistema más eficiente y justo. Sin embargo, una revisión de este proceso también evidencia que no puede producirse exclusivamente a partir del impulso que existe al interior de la Función Judicial. Si bien existen jueces y operadores de justicia preocupados por la modernización y la mejora de la Función, también es cierto que no son la mayoría, y que es muy fuerte la presión de quienes (jueces, operadores, abogados) se resisten a los cambios en el sistema. Este hecho, sumado al desinterés que los gobiernos de turno muestran hacia los problemas de la función judicial, nos lleva a concluir que las reformas serán muy difíciles de concretar e implementar, a menos que la sociedad civil participe de forma activa, e identifique mecanismos de presión y de seguimiento que le permitan incidir sobre el avance de la reforma judicial.

Tenemos dos ejemplos recientes sobre la importancia de la participación de la sociedad civil en temas de justicia y le-

gislación, es el caso de los procesos de la ya vigente Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública<sup>6</sup> y el caso de la elaboración participativa del Proyecto de Ley de Defensa Pública que, luego de haber sido enviado por el Ejecutivo, se encuentra debatiéndose en el Congreso Nacional.

En el primer caso, el de la Ley de Acceso a la Información Pública, varias organizaciones de la sociedad civil han venido trabajando en el tema que nació así, como una iniciativa de la ciudadanía. Estas organizaciones crearon una Coalición (la Coalición Acceso a la Información Pública)<sup>7</sup> que trabajó en la elaboración del proyecto legal y posteriormente en el proceso de cabildeo que logró su expedición. El trabajo de esta Coalición y, sobretodo, el seguimiento y apoyo que le dio a la expedición de esta ley la Asociación Ecuatoriana de Editores de Periódicos (AEDEP) logró posicionar el tema en la opinión pública y generar, por esa vía, una nueva presión para que los legisladores la aprueben.<sup>8</sup> La Coalición Acceso (formada por un grupo de organizaciones de la sociedad civil) se encuentra trabajando en un proyecto de reglamento para esta ley y en un proceso de difusión de la misma (seminarios, conferencias, publicación de libros, etc.).

En el caso del proyecto de Ley de Defensa Pública, también es el resultado de un proceso de consulta y participación de diversos sectores de la sociedad civil. Financiado por el Fondo de Justicia y Sociedad (Esquel -USAID), y llevado adelante por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD) este proyecto es una muestra de la importancia de las organizaciones de la sociedad civil y su posibilidad de generar estos cambios necesarios para el funcionamiento adecuado del sistema judicial. Está pendiente la discusión de este proyecto en el Congreso Nacional, las organizaciones deberán propiciar nuevos diálogos que acerquen las posiciones que sobre el tema mantiene la Defensoría del Pueblo y la Comisión de Legislación del Congreso para lograr un resultado que asegure el patrocinio legal como un componente del derecho de acceso a la justicia y de posibilidad de defensa en un proceso judicial en nuestro país.

Como estos, podemos encontrar un sinnúmero de ejemplos que nos demuestran el papel vital que las organizaciones de la sociedad civil están jugando en el proceso de Reforma Judicial que viven el Ecuador y la región latinoamericana en general;<sup>9</sup> estos ejemplos no agotan las posibilidades de participación y acción de las organizaciones de la sociedad civil, todo lo contrario, estas organizaciones deben seguir explorando mecanismos para ampliar la participación de sectores y personas aún excluidas de estos espacios, para democratizar la información y el debate público sobre la justicia, y, sobretodo, para no desligar sus acciones de las verdaderas necesidades de usuarios y usuarias y de quienes buscan en el sistema de administración de justicia la resolución de conflictos que afectan sus vidas cotidianas.

### ¿Qué puede hacer la sociedad civil?

El tema planteado nos obliga a hacer una primera reflexión sobre a qué nos referimos con sociedad civil, aunque puede en general ser identificado con el conjunto de sujetos que no son parte del poder estatal, el concepto encierra ideas

y relaciones todavía más complejas. En este ensayo nos referiremos a sociedad civil como a todos los ciudadanos y ciudadanas agrupados en asociaciones, colegios profesionales, organismos no gubernamentales, o algún otro canal que les permita, en mayor o menor medida, incidir sobre los temas públicos.

Además de concebir a la sociedad civil como un concepto distinto al de sociedad política o al Estado, es importante pensar en la sociedad civil como un mecanismo para ampliar y profundizar la democracia. La sociedad civil como una alternativa válida para lograr la participación de un mayor número de ciudadanos y ciudadanas en un sistema político y de gobierno que se muestra cada vez más restringido para la mayoría y más distanciado de los intereses y las necesidades de los sujetos que lo conforman.<sup>10</sup>

Por lo anterior, la labor de las organizaciones de la sociedad civil, incluidas aquellas que trabajan en temas de justicia, es de dos vías: por un lado incidir en la construcción de políticas públicas, en la legislación o en el funcionamiento del Poder Judicial, pero por el otro, es su labor el convocar a la mayor cantidad de personas posibles y construir, para y con ellos, amplios canales de participación democrática.

Tradicionalmente, han sido las organizaciones de derechos humanos las más interesadas en trabajar temas relacionados con la legislación y el funcionamiento del sistema judicial, sin embargo desde hace ya varios años aparecen organizaciones que trabajan en forma concreta en temas de reforma judicial. Las organizaciones ciudadanas que trabajan en temas anti corrupción también han descubierto la necesidad de involucrarse en temas judiciales como mecanismos de prevención, de sanción; y como formas de evitar la impunidad en delitos de este tipo. El sector académico, en especial las facultades de Jurisprudencia, deben ser anotadas también como organizaciones preocupadas permanentemente por estos temas —aunque no necesariamente incluyan en esta labor a los y las estudiantes de Jurisprudencia de esas facultades—. Los grandes ausentes en este trabajo, a pesar de tener un rol fundamental en el funcionamiento del sistema de justicia, han sido los Colegios de Abogados.<sup>11</sup>

Al tratarse la administración de justicia de una función y una competencia del Estado, es necesario preguntarse qué pueden hacer las organizaciones de la sociedad civil y cuáles son los límites que se imponen en su actuación.

Existen varias posibilidades de incidencia y participación desde la sociedad civil, una opción es la de asumir la responsabilidad de generar información para la ciudadanía en temas de reforma judicial. La especificidad de los temas legales provoca la exclusión de un gran número de personas de este debate. Una de las principales labores de estas organizaciones debería ser, entonces, la de convertir a la justicia en una causa común a todos y todas. Esta información permitiría además una participación ciudadana informada, sólida y permanente, pues sólo con estas características la sociedad civil tiene la posibilidad incidencia real en un tema tan complejo.

A partir de esta labor de información, las organizaciones de la sociedad civil están en la posibilidad de proponer y liderar el debate público sobre las reformas esenciales en la justicia. Un debate que, además del conocimiento de los temas de fondo, requiere trabajar en la construcción de valo-

res democráticos, en el reconocimiento del otro como un interlocutor válido y en la práctica democrática de decidir en función del bienestar de la mayoría.

Las organizaciones de la sociedad civil pueden también, como ha pasado en el Ecuador, abanderarse de la iniciativa de Reforma y, a través del debate, el cabildeo y las alianzas con grupo legislativos, generar auténticos proyectos de Ley que responden a los requerimientos de un sistema caduco que pocas veces se corresponde con las actuales circunstancias del Ecuador y los ecuatorianos y ecuatorianas.

La información, el debate, los mecanismos de participación, el acercamiento al poder legislativo son todos en sí mismos ejercicios democráticos de gran importancia y, al convertirse en prácticas permanentes, llegan a ser mecanismos de control ciudadano sobre el poder que, acostumbrado al secretismo, se ve en la necesidad de transformarse al saberse observado.

De esta forma, las experiencias nacionales y las internacionales nos demuestran que las posibilidades de incidencia de la sociedad civil son mucho mayores de lo que esperamos. Sin embargo, para ello es necesario fortalecer el trabajo de las organizaciones, lograr alianzas con quienes impulsan el cambio desde el interior de la Función Judicial y convocar a sectores claves que aún están ausentes: en el caso ecuatoriano las ausencias más evidentes parecen ser las de los Colegios de Abogados y el sector académico.

Finalmente, en la primera parte de este ensayo nos referíamos a datos sobre la percepción que la ciudadanía tiene sobre su sistema de justicia, pero pocas veces nos preguntamos sobre la percepción que, respecto de las organizaciones de la sociedad civil, tienen jueces y operadores del sistema judicial, que por el momento parecen haber olvidado su obligación de rendir cuentas sobre sus actuaciones —como cualquier otro poder estatal— y se sienten amenazados por quienes pretenden, como una condición democrática y un derecho ciudadano, exigir esa rendición de cuentas. Para el éxito de estos procesos de modernización y reforma, se hace imprescindible replantear la posibilidad de construir un proyecto conjunto de búsqueda de un objetivo común, que en su última instancia busca crear un espacio de convivencia pacífica y un modelo democrático que ofrezca mecanismos para canalizar y resolver nuestros conflictos y diferencias.

#### *Bibliografía*

- Cohen, Jean; Arato, Andrew. *Sociedad Civil y Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica. México, 2000.
- Grzybowski, Cándido. *El Rol de la Sociedad Civil*. Proddal
- Pnud, *Justicia y Sociedad. Hacia un Mejor Servicio Público de Justicia*. Número 1. 1998.
- Seligson, Mitchell. *Auditoría de la Democracia: Ecuador* Universidad de Pittsburg, Ediciones Cedatos, Quito, 2002.
- Simon, Farith. *Investigación sobre acceso a la justicia en Ecuador*. Foro Internacional Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina, Materiales Básicos para Discusión. Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Mayo, 1999.
- Varios, *Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

- Ministerio de Economía y Finanzas. Presupuesto del Estado, Condensado, 2003 y 2004.
- Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel. Evaluación del Sistema Procesal Penal. Quito, 2003.
- Informe Comparativo: Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina. Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA. Año 2, No. 3.
- Varios autores, La gestión del proceso de Reforma Judicial: experiencias y lecciones. Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA. Año 2, No. 3.
- Varios autores, Justicia y Sociedad Civil. El papel de la sociedad civil, estudios de casos. Centro de Estudio de Justicia de las Américas. Santiago, 2003.
- Projusticia, Reforma del sistema de justicia. Plan Estratégico Integral 1994-2004. Serie Projusticia. No. 6. Quito, 1999.

### Notas

- 1 La Coalición Nacional por la Justicia se encuentra trabajando en la construcción de un Índice de la Justicia que esté formado por una serie de indicadores que nos permitan contar con datos precisos para evaluar al Sistema de Administración de Justicia y los avances de este sistema en función de su capacidad de respuesta a usuarios y usuarias que demandan justicia.
- 2 Una transcripción completa de los cuadros estadísticos contenidos en este informe, se encuentra en la página web de la Coalición Nacional por la Justicia: [www.coalicionjusticia.org](http://www.coalicionjusticia.org)
- 3 CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003.
- 4 Seligson, Mitchell. Auditoría de la Democracia: Ecuador Universidad de Pittsburg, Ediciones Cedatos, Quito, 2002.
- 5 Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel. Evaluación del Sistema Procesal Penal. Quito, 2003.
- 6 Ley No. 24, publicada en Registro Oficial de 18 de Mayo del 2004, Suplemento No. 337
- 7 La Coalición Acceso a la Información Pública está formada por Participación Ciudadana, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Fundación Esquel, Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Fundación Futuro Latinoamericano (FFLA), Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA).
- 8 Otro factor importante para la expedición de esta ley puede haber sido la coyuntura de la reunión de la XXXIV Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, de la que el gobierno ecuatoriano fue anfitrión y, en el seno de la cual, y dado el tema central de la Asamblea, el gobierno y varios líderes políticos se mostraban interesados en presentar esta ley como una muestra de su voluntad de lucha por la transparencia.
- 9 Ver: Justicia y Sociedad Civil. El papel de la sociedad civil, estudios de casos. Centro de Estudio de Justicia de las Américas. Santiago, 2003.
- 10 La sociedad civil así comprendida, no puede ni debe desmovilizar políticamente a una sociedad. Por lo contrario, debe constituirse en un mecanismo de participación democrática y de articulación entre la sociedad en general y sus representantes en el escenario político.
- 11 Este es un tema que debería ser debatido al interior mismo de los colegios profesionales, pero podemos afirmar que la suya ha sido una participación muy débil y que aún hoy no parecen comprender el rol central que deberían jugar en la modernización de la justicia. Podríamos decir lo mismo sobre la mayoría de abogados y abogadas, que hacen muy poco o nada por reformar un sistema cuyas falencias comprueban a diario pero parecen haber optado por *aprender a vivir con ellas*.

# La prensa, entre el espectáculo y la verdad

Fabián Corral B.

El conquistador y cronista español Pedro Cieza de León, en *La Crónica del Perú* de mediados del siglo XVI, dice que ella fue escrita *...al ver que en todas partes por donde yo andaba ninguno se ocupaba de escribir nada de lo que pasaba. Y que el tiempo consume la memoria de las cosas, de tal manera que si no es por rastros y vías exquisitas, en lo venidero no se sabe con verdadera noticia lo que pasó.*<sup>1</sup>

Memorias y noticias. Y también mucha fantasía medieval y caballescaca, mucha mitología e imaginación, constituyen los hilos argumentales de esa sui generis especie de periodismo-testimonio que se inauguró con la conquista de América y que se conoce como *Las Crónicas de Indias*, que son el principio de una historia, en la versión de los vencedores, cuyo contraste y complemento necesario está en la visión de los vencidos, con textos como la incomparable *Crónica de Buen Gobierno*, de Guamán Poma de Ayala o en los testimonios vívidos y dramáticos de los informantes del padre Sahagún.

Pero más allá de historias de vencedores y vencidos, de cuyos dramas nació América Latina, resulta paradójico y tal vez extraño que un párrafo escrito hace quinientos años, en medio de los fragores de la lucha con las huestes incaicas, salvada del olvido de entre los miles de legajos de esos tiempos, llegue al siglo XXI cargada con la frescura de las ideas que siguen inquietando al periodismo moderno: su misión de ser el registro de lo cotidiano, de lo coyuntural y también de lo permanente, porque, como Cieza decía, *el tiempo consume la memoria de las cosas...*, y además, convertirse en un testimonio objetivo de lo que el conquistador llamó *la verdadera noticia de lo que pasó*. Así, pues, memoria y verdad, testimonio y permanencia, podrían ser, y de hecho son, dos de los referentes de esta tarea apasionante y compleja que es escribir en los diarios y, por cierto, manejar una materia prima que está constituida por este dramático y, con frecuencia, doloroso amasijo de hechos, versiones, supuestos y sorpresas que se llama la noticia.

Podría decirse que las notas de prensa, sus reportajes y opiniones, nacen y mueren con la coyuntura, que esa es su circunstancia y su condena, y que por eso se evapora velozmente la frescura de una edición, que a las cinco de la tarde ya parece papel viejo, o como la gente dice, *periódico de ayer*. Pero esa es una apresurada e incompleta conclusión. En realidad, el periodismo serio ayuda a construir la memoria colectiva y contribuye a perfilar la conciencia de la comunidad, y eso implica, necesariamente, rebasar lo coyuntural. Por eso, en el escenario hipotético de un país sin diarios, o de un mundo sin medios, constataríamos que semejante amputación le dejaría a la sociedad minusválida, desprovista no solo de materia informativa, sino de los referentes esenciales para pensar, criticar, crear y sustentar una forma de ver el mundo.

Así, pues, memoria, imaginario colectivo, conciencia del pasado e intuiciones sobre el futuro constituyen parte de los grandes temas que al periodismo le atañen y que del periodismo salen. Pero semejantes tareas necesitan siempre de la calificación ética que fluye de la veracidad, valor que es uno de los asuntos de los que me interesa hablar con ustedes, porque a pesar de la expansión de las capacidades tecnológicas y de la posibilidad de llegar con la información y la opinión al último rincón del universo, a pesar de eso que se llama la aldea global, las guerras en que el mundo se ha embarcado recientemente y toda la parafernalia construida en torno a ellas, han dejado evidencias suficientes de que la veracidad puede ser suplantada por la propaganda, y que la noticia -su presentación e interpretación, sus sesgos- pueden ser factores con que cuentan, como ficha fundamental en su ajedrez geopolítico, los poderosos del mundo, de todas las vertientes ideológicas y de todas las confesiones religiosas. Porque la noticia no está exenta del contagio de los fundamentalismos, incluso cuando expresa el horror de la muerte.

La veracidad, es decir, la coincidencia esencial entre los hechos y la palabra que los expresa, la articulación de los textos con los límites y contenidos de la realidad, son condiciones necesarias para que la prensa se empape de legitimidad. Sí, de legitimidad y de autenticidad. Porque, señores, de lo que se trata es de que el oficio de informar y de crear opinión pública se someta a lo único a lo que puede y debe someterse: a la ética. La ventaja, en tal caso, es que la exigencia nace de los propios medios y de sus principios, y no de poderes o factores externos. La desventaja es que las disciplinas interiores son mucho más difíciles de practicar que las que vienen desde la autoridad o la ley. Lo que premia el esfuerzo de ser íntegros en el oficio es la credibilidad, la adhesión de lectores que confían en su periódico y que siguen como la sombra al cuerpo a sus editorialistas, columnistas y reporteros.

Esto nos lleva a algo más complejo: la lealtad que los medios le deben a sus lectores, que no significa hacer prensa calculando el primario apetito del público. Cuando se hace reportería, o escribe una noticia o una nota editorial, se cumple la mitad de la tarea. La otra le corresponde al lector, quien se formará opinión y tomará decisiones importantes sobre lo que el diario dice. De allí que lo que se entrega a quienes leen deba obedecer a rigores éticos que enmarquen con exactitud lo que se informa y cómo se informa; lo que se dice y cómo se dice.

Escribir es entablar un diálogo sui generis en la soledad de la escritura, por eso, quien escribe debe pensar siempre en el que lee. El lector es el reto, el destinatario y el tribunal. En él vive el artículo, el ensayo o la noticia, y no es necesario que siempre lo sea a gusto; a veces, lo escrito debe vivir en el lector a disgusto, a su pesar, suscitando su discre-

pancia y su debate. Pero mejor si se coincide con el lector, si se le ayuda a descubrir los ángulos de la verdad, si se aporta al análisis y se arroja un poco de luz sobre los confusos laberintos en que la vida nos mete.

El lector cuenta con la información que la televisión, la radio, la prensa o la internet le proporcionan. En esa medida, los medios tienen una especie de monopolio de hecho en la provisión de elementos de juicio a los ciudadanos, porque no hay otra manera de que ellos estén informados, no hay método alternativo, porque incluso lo que dice el poder político pasa por los medios, se publica en ellos o merece su juicio y su opinión, que finalmente es lo que la gente valora y en lo que mayoritariamente cree. Se puede elegir entre varios medios o entre varios diarios, pero no fuera de los medios ni de los diarios. Esa posibilidad no existe. Por lo mismo, la comunidad depende en el ejercicio de su derecho a la información de lo que los medios le ofrecen, y precisamente de esa dependencia incuestionable nace la responsabilidad de manejar con gran calidad ética tanto el material informativo como las consideraciones que suscita.

Ese monopolio de hecho en el procesamiento y difusión de la noticia o del análisis, implica, por supuesto, graves responsabilidades, más que ante la Ley, ante los principios que deben inspirar la tarea periodística. Uno de ellos, la lealtad para con los lectores y el deber de fidelidad, no a causas políticas ni a compromisos ideológicos, sino hacia la verdad que esperan cada mañana los millones de individuos que antes de su desayuno miran, escuchan o leen lo que los medios traen, y la forma cómo presentan lo que ocurre en el mundo. Estar incursos en ese monopolio de hecho de la información, plantea un duro desafío y obliga a ejercer con más rigor la libertad de prensa y las obligaciones implícitas en la tarea de formar opinión.

Yo he planteado en mi país y en el Diario El Comercio de Quito, en el que escribo y de cuyo Consejo Editorial soy parte, lo que llamo *La autocrítica del columnista*, que podría extenderse a la autocrítica del periodista, porque la prensa no puede permitirse el lujo ni puede incurrir en el error de escapar a lo que para los demás propicia: la crítica. Y como columnista yo me he dicho: *A veces, cuando escribo -entre la batalla con la palabra y el forcejeo por encontrar tema- me pregunto cuáles son los deberes que justifican el privilegio que tengo de meterme, a través de la columna, en la intimidad de los que leen. ¿Por qué puedo opinar, juzgar los hechos y a la gente, dictar sentencia y ejercer el sutil pero eficaz poder que da la prensa? ¿Es legítimo hacer de la columna una rutina, tal vez un espacio para exhibir la vanidad, o una excusa para llevar la soberbia sobre el pecho? ¿O es comprometida y difícil tarea de buscar y encontrar un ápice de verdad en el pajar de la confusión universal y compartirla con el anónimo lector? Me he dicho también, "Hace rato ronda en mí la tentación de hacer una autocrítica del columnista, de someter a prueba mis derechos contrastándolos con mis obligaciones; de hablar de la libertad de opinión, pero desde el punto de vista de la responsabilidad por esa opinión. Esa tentación se fortalece cuando al escribir imagino al hipotético lector abrumado por el negativismo habitual que destilan las columnas, atsigado por la política, escéptico ante tanto disparate que envenena la vida pública, frustrado en la búsqueda de alguna claridad"*<sup>2</sup>

Pues bien, esa autocrítica impone que pensemos en que la información y la opinión -que son los dos hilos argumentales de la prensa- consideren que la lealtad ante los lectores no solo supone la sujeción a los límites de la realidad -que en definitiva es la materia prima de la noticia- sino que ella entraña, además, un juicio de valor respecto de su importancia, de lo cual depende la ubicación, el titular, la extensión, la oportunidad y la precisión de la nota.

Aquí cabe una consideración sobre la ansiedad que suscita la primicia y la obsesión por el titular y la primera plana, temas en los cuales juega una lógica competitiva, un razonamiento de mercado -quién llega primero y cómo *impacta* en el público lector- que debe mirarse con cuidado. No propongo que la prensa ignore absolutamente a esas lógicas, pero sí que las considere frente al lector. Que en función de la objetividad, y no de la espectacularidad, se midan sus efectos, porque, al menos en mi país, con frecuencia, el titular *es* la noticia, y para numerosas personas allí se agota la información, ya que no se lee más que el titular y a veces el recuadro, o se lee la nota con el precondicionamiento que genera la impresión inicial provocada por lo que la primera página despliega. Esa angustia por la primicia y la lógica del titular, que son temas presentes en todas las salas de redacción del mundo, escapan, a veces a la reflexión crítica, cuando lo que se requiere es, precisamente, autocrítica, porque si vamos a decir que en el mundo de la prensa las cosas van sobre ruedas, sobrarían la reflexión, los debates y los foros como este. No haría falta pensamiento. Solamente sería preciso cultivar la satisfecha vanidad. Y de eso no se trata, ciertamente.

La angustia por la primicia y la lógica del titular de primera plana pueden afectar a la objetividad. No estoy pensando en el extremo de que primicia y gran titular induzcan a evidente error. Aun cuando no se incurra en ello, esas dos lógicas determinan la forma de presentar la noticia, afectan a su valoración y a la jerarquización de su importancia frente a otras. Y allí es fácil incurrir en la espectacularidad, es decir, en la escenificación de la realidad en función de las exigencias de lo que se presume *compra* el público. Pero, ¿es legítimo darle al público sólo lo que quiere y en la forma en que quiere?, ¿es legítimo guiarse por el sondeo y obedecer solamente a sus preceptos, o la prensa puede y debe orientar incluso a contracorriente de los que la masa espera?

Las políticas y los principios que preceden la vida y las tareas de los diarios, no pueden estar determinados por lo que los departamentos de mercadeo opinen. La política informativa no puede estar inducida de tal forma, ya que un diario no es solamente una empresa comercial sometida a las tiranías y a las demandas del mercado. Es ante todo un proyecto, *una sensibilidad organizada alrededor de ciertos ideales que preceden los estudios de mercadeo. Por eso, y a pesar de remar a contracorriente, el proyecto editorial debe estar por delante de las urgencias de ventas y de las estrategias meramente comerciales. El éxito publicitario es una consecuencia de lo que son los medios con sentido editorial. No su razón de ser*<sup>3</sup>

El periodismo es una forma de apreciar la realidad, un modo sistemático de ver al mundo, al poder, a la sociedad y a sus procesos. Es la ventana a través de la cual nos llega el bullicio universal, que no solo está conformado por episodios cortados, inconexos e ilógicos, por chispazos especta-

culares. No. Ese bullicio universal del que se ocupa la prensa tiene, además de episodios resonantes que no se pueden ignorar, procesos, lógicas, constantes, que la prensa debe seguir, establecer y encontrar. Y sobre los cuales hay que reflexionar. Esta es otra obligación frente al público, y no se diga que esa es tarea de sociólogos, historiadores o antropólogos. No. En nuestro tiempo y en nuestros países, aquello tiene tanta urgencia como la noticia, claro que demanda más esfuerzo y horizontes más amplios. Esa urgencia viene del hecho de que la necesidad informativa implica también una comprensión estructural de los hechos, implica descubrir el hilo que teje y que enhebra lo de cada día. La guerra de Irak tiene una lógica, una especie de trama. Solamente estableciéndola se entenderá integralmente el episodio que trae la prensa. El terrorismo obedece a ciertas lógicas, no se reduce al episodio sangriento. Tras él hay razones que son parte de la noticia. Por eso, más allá de registrar la tragedia, hay que darse modos y tiempo para encontrar los secretos que el episodio oculta, sus razones y sin razones.

Instalarse únicamente en lo cotidiano -y a veces en lo espectacular- son tentaciones presentes en el quehacer de todos los medios. Ello lleva a la fragmentación de las visiones y a la confusión de los receptores de la noticia. En mi país, la vertiginosa generación de hechos políticos, la sucesión y sustitución de escándalos por escándalos, la persistente *ideología de estrellato y escenario* que reina en muchos órdenes de la vida, y la falta de reflexión sobre los procesos que explican tales acontecimientos, está llevando a un cierto cinismo peligroso: la gente está asumiendo que la vida *es así*, y, en lo relativo al poder, a concluir que *ese es tema de los políticos*, de modo que va desapareciendo hasta la capacidad de asombro y se va neutralizando la vocación participativa esencial para la democracia.

La frecuencia de hechos inusuales que copan las páginas de los diarios y las pantallas de la televisión, termina habituando al público a lo insólito. Claro que eso no es atribuible exclusivamente a la prensa, porque muchas veces es el poder político el que marca semejante lógica, es el protagonista en ese escenario mediático en que se ha convertido el poder, pero, precisamente por eso, la prensa debería ser extremadamente crítica y rigurosa en el reflejo de tales asuntos, cuidando que sus estilos no acentúen los aires ni las formas del espectáculo que vienen del poder y de sus cortesanos.

En mi opinión, aquello ocurre, además, porque al vértigo noticioso no siempre se suma el esfuerzo por descubrir el hilo conductor de un sistema político deficiente, de una institucionalidad que no acaba de armar a las repúblicas. Lo que produce ese estilo de registrar simplemente los hechos, sin dotarle a la comunidad de pistas para comprender lo que ocurre, es una saturación noticiosa que está conduciendo, conjuntamente con otros factores, a la indiferencia y al endurecimiento de la sensibilidad cívica. A la prensa le corresponde propiciar la comprensión del contexto en el que se desarrollan los hechos, es decir, contribuir a rescatar la claridad y la lucidez y, si se quiere, a inaugurar las habilidades para seguir con alguna lógica los rumbos y las derivas de la noticia en el paisaje general de la política, de la economía o de la globalización.

Recordemos, por otra parte, que los hechos le llegan al ciudadano a través de la prensa -ella los eleva a la categoría

de *noticia*; más aún, si no son noticia, no *existen*, esto es, no son evidentes, porque no se *ven*, de manera que las reacciones frente a esos fenómenos tienen relación con las políticas editoriales y las formas que emplean los medios, que si bien no producen los hechos, sin embargo, los llevan a la comunidad, los calibran, jerarquizan, valoran y titulan. Como es obvio, la gente juzga sobre lo que lee, mira o escucha, es decir, piensa y actúa sobre el hecho convertido en crónica, titular o comentario. Las percepciones y las reacciones pasan por lo que los medios le dan, es decir, por la forma en que se presentan las noticias, por la trascendencia que se les atribuye, por el espacio que se les concede y por la frecuencia e insistencia a la que queda sometido un acontecimiento. En el Ecuador, y creo que en buena parte de América Latina, cuando se trata de afirmar la incuestionable certeza de un hecho o de la forma de interpretarlo, la gente dice, como recurso final e inapelable, *está en el periódico*. Eso quiere decir, *no se discute más*. Es que en el mundo de hoy los medios son una especie de instancia superior de la verdad.

Hacer de la noticia dato austero y objetivo, construir posibilidades para mirar los horizontes y descubrir los procesos, son tareas vinculadas con la seriedad periodística. Y lo son más las tareas de comentar, opinar, analizar, porque ellas tienen siempre una carga de subjetividad de la que es casi imposible desprenderse. Conspiran contra esto aquellas prácticas que, en competencia con los estilos de la televisión, apuestan exclusivamente al entretenimiento del televidente o del lector. En esos casos, la noticia se convierte en frívola oportunidad de distraer, se olvidan las tareas de descubrir procesos y analizarlos. Y el espectáculo es asunto de entretenimiento, no de comprensión.

En esa lógica, resulta interesante destacar que ahora, con cierta frecuencia, es tema de primera plana que prevalece sobre cualquier otro, el resultado de un partido de fútbol, o del último campeonato de tenis y hasta los episodios del jet set internacional. Es que la lógica del entretenimiento, con toda su frivolidad a cuestas que proviene fundamentalmente de la televisión, está marcando los estilos y, por cierto, le va quitando espacio a la crítica y pesando sobre la valoración y la jerarquización de las noticias. No se trata de negar la existencia de la noticia deportiva, lo que ocurre es que se llega a privilegiarla sistemáticamente, incluso por sobre otros asuntos de evidente trascendencia para la comunidad.

La banalización es un fantasma que afecta sobre los medios, porque ese estilo se contagia a otros aspectos de la noticia, de análisis y del editorial. Estamos ahitos de espectacularidad y el espectáculo hace de la realidad una ficción, la llena de oropeles, tapa los rostros con máscaras, desvía la atención de lo esencial a lo accidental. El problema rebasa ciertamente las responsabilidades de los medios, pero no les exculpa cuando caen en esos estilos.

Lo banal domina a la televisión, por eso toda suerte de *reality shows* ganan espacio en ese medio. Prospera en los telediarios, al menos de mi país, la rápida y, al parecer, irremediable transformación de los presentadores de noticias en *estrellas* de la pantalla, cuyas figuras, estilos y desplantes son parte importante de los índices de sintonía. En esa medida, la entrevista se ha transformado en una especie de pugilato por dominar en los pocos minutos que dura el coloquio y cuyo vencedor es siempre el anfitrión que impone

los temas, las reglas, el tiempo y que concede o no la palabra al entrevistado, que a veces hace el papel de testigo de lo que el entrevistador dice, admite o niega. Todo ello porque la información y la construcción de la opinión se están empapando de los estilos y de los comportamientos propios de la escena. La teatralidad nos acosa desde la seis de la mañana hasta las doce de la noche en que cierra el último noticiero de la televisión. Y eso es contagioso, cuando no hay la suficiente autocritica respecto de la función, utilidad y marcos fundamentales que deben rodear a lo noticieros, menos aún de lo que debería inspirar a los espacios de entrevistas. Como decía Pierre Bourdieu, *en un mundo dominado por el temor a ser aburrido, prospera el afán por divertir a cualquier precio*.<sup>4</sup>

Los sistemas políticos tienen que ver con la información y son dependientes de la opinión pública, más aún cuando el poder nace del voto. La democracia se va contaminando de demagogia, de populismo, de teatralidad. Por eso en América Latina en la política triunfan los cantantes, los cómicos, las estrellas del deporte, los presentadores de televisión, o los dirigentes de los partidos que adoptan estilos de opereta. Los diputados hacen discursos no para exponer sus puntos de vista con racionalidad, ni para enmarcar el debate en el rigor de un razonamiento. No. Hacen sus discursos bajo el supuesto de que el público les mira, de allí su tono y su estilo, sus frecuentes *denuncias*, que por su reiteración caen bajo la sospecha de que no se busca reivindicar la ética pública sino ganar o mantener un espacio manipulando el escándalo o, al menos, sobredimensionándolo. El problema es que la espectacularidad política se expresa o encuentra eco y se multiplica como en un juego de espejos en los medios que aunque no generen el espectáculo, lo reproducen ya que se lo plantea como *noticia*. El tema se vuelve más complejo desde que la televisión marca las pautas de la opinión, desplazando a la prensa escrita del centro de la formación de conceptos. Giovanni Sartori en su polémico pero lúcido libro *Homo Videns*, dice *...cuando la opinión pública se plasmaba fundamentalmente en los periódicos, el equilibrio entre opinión autónoma y opiniones heterómanas (heterodirigidas) estaba garantizado por la existencia de una prensa libre y múltiple, que representaba a muchas voces. La aparición de la radio no alteró sustancialmente este equilibrio. El problema surgió con la televisión, en la medida en que el acto de ver suplantó al acto de discurrir*.<sup>5</sup>

Además, en la *democracia de la opinión pública*,<sup>6</sup> los dirigentes son esclavos y víctimas de los sondeos. Ellos son el catecismo que marca sus conductas, ellos dirigen sus acciones e inducen sus discursos. La falacia de lo popular sacrifica la racionalidad administrativa y empuja a aventuras que ponen en riesgo la estabilidad económica y la fortaleza institucional. En buena medida, las campañas electorales en nuestros países son estrategias mercantiles mentirosas, dirigidas a captar el voto de los ciudadanos ofreciendo cualquier *producto*. En ellas se dice lo que se sabe imposible. No importa, porque el asunto es triunfar en un proceso de encantamiento al pueblo. Otra cosa es gobernar con la agenda de la realidad y no con la de la oferta electoral. El tránsito entre la euforia de la campaña inspirada en los consejos del marketing y los grises colores de la realidad, cuando se llega al poder, se camufla usando la *teoría de la culpa ajena*, esto es, la justificación por la imputación de responsabi-

lidades al *otro*, ya sea el antecesor en el poder, la oposición, los organismos multilaterales de crédito o el Fondo Monetario Internacional.

Esto tiene relación con lo que digo sobre la prensa, porque ella se ve enfrentada a un fundamental dilema: cuestionar, desnudar la espectacularidad política y poner en evidencia sus falacias; hacerse de la vista gorda, o hacerse eco de ella, reproducirla, hacer noticia de cada episodio que el populismo marca. Lo que a veces ocurre es que, a título de *noticia*, se registra exclusivamente el espectáculo, las formas, el discurso. O la denuncia, que se ha convertido en uno de los referentes fundamentales de la vida pública. Hay que denunciar, por supuesto, porque la corrupción es un mal y la tarea no es encubrir, pero el riesgo está en convertir a la *lógica de la denuncia* en el eje exclusivo de la prensa o en tema recurrente del comentario. Respecto de la denuncia hay que hacer una crítica que oriente a la opinión y que dote de elementos de juicio a los ciudadanos, de lo contrario, sucede que hasta la denuncia se devalúa, como ha ocurrido con la vida pública, con el cargo burocrático y con las funciones del Estado, en las que en América Latina ya no se cree.

Al decir de Pierre Bourdieu, *La búsqueda de la diversión tiende, sin que haya necesidad de desearlo explícitamente, a desviar la atención hacia un espectáculo (o un escándalo) cada vez que la vida política hace que surja una cuestión importante pero de apariencia fastidiosa, o, más sutilmente, a reducir lo que se suele llamar la "actualidad" a una rapsodia de acontecimientos divertidos, a menudo situados, como en el caso ejemplar del juicio de O. J. Simpson, a medio camino entre el suceso y el show, a una sucesión sin pies ni cabeza de acontecimientos carentes de proporción yuxtapuestos por las casualidades de la coincidencia cronológica*...<sup>7</sup>

Una prensa *acrítica* sobre los fenómenos políticos, o enganchada con aquello de que a la gente hay que darle lo que quiere y decirle lo que halaga su curiosidad, alimenta el populismo y somete a democracia a la presión apresurada, provisional, precaria de la siempre cambiante opinión que se registra en los sondeos, que expresan las ideas elementales que tiene un público que se alimenta de lo que los medios le proporcionan; se forman criterios o percepciones leyendo los titulares y las crónicas o escuchando lo que los telediaros dicen, generando así un complejo círculo vicioso.

La lógica del espectáculo, la banalidad, invade casi todos los ámbitos de la vida actual, y aunque la prensa no la genere, debe contar con ella como un riesgo a sortear en el trabajo cotidiano. Lo preocupante es que semejante *ideología* está transformando al *pueblo en público*. El populismo, que es una patología de la democracia, conduce a eso. Pero el populismo sin capacidad de comunicación no existe. Antes, como decía un *caudillo ecuatoriano*, *basta un balcón en cada pueblo* para llegar al poder, porque el balcón obraba como el púlpito del político. Hoy hace falta estar en los medios, existir en los titulares, y especialmente ser visto en las pantallas. El púlpito se trasladó a aquello de *ser noticia* o, mejor, a *estar en la pantalla*. Walter Cronkite, hombre clave de la CBS, en *La Vida de un Reportero*, decía, refiriéndose a la televisión, *... los telediaros agitan al público para aumentar la audiencia. La televisión no puede ser la única fuente de noticias, no está preparada para ello. Los falsos debates televisivos, los eslóganes, los anuncios publi-*

citarios, los foto-flash, todo eso transforma la política en teatro.<sup>7</sup> Por su parte, Ignacio Ramonet dice “Las leyes del espectáculo y de la puesta en escena han ocupado el lugar más importante y conmocionado las relaciones con la realidad y con la verdad”<sup>8</sup>

La contaminación de la democracia por el populismo es un hecho predominante singularmente en los países en desarrollo, tema que la prensa no puede ignorar. La clave está en el hecho de que el pueblo ya no es el sujeto activo de la política, el soberano, el actor de quien dependía la legitimidad del mando. El pueblo, en nuestros países, ya no es el protagonista respetable cuyas definiciones marcaban el porvenir de un país. El pueblo ahora es simple público, esto es, masa inorgánica que asiste a un espectáculo, ente pasivo sobre el que obra la propaganda, grupo valorado con el criterio de clientela, consumidor de discursos, masa que ríe, llora o protesta, según los primarios instintos que desata el circo.

Esta transformación de pueblo en público explica por qué los factores determinantes en la conquista del poder ya no son los programas de gobierno ni las doctrinas. Lo fundamental ahora son las consideraciones mercantiles de la política, la capacidad de seducción basada en ofertas, gestos y sonrisas. Las lógicas del mercado han destronado a las lógicas de la política. Las lógicas del mercado son también la gran tentación de la prensa, que por cierto no está inmune a los efectos de esta transformación de pueblo en público. Una cosa es informar sobre temas políticos a ciudadanos y otra incidir sobre un público ávido de denuncias o simplemente de discursos que le distraen de la complicada cotidianeidad y que finalmente perfilan una opinión sobre la realidad que se expresará al momento de votar, de juzgar o de propiciar un paro. Allí está lo que yo llamaría la *implícita función política de la información*.

La forma de presentar y de expresar inciden en la gente, sin que ello signifique que un determinado periódico busque conscientemente inducir la conducta respecto de una determinada propuesta. Esa inducción se produce sin querer y a veces como efecto no buscado por el medio, porque el ciudadano que todos los días lee los diarios o mira las pantallas saturadas de espectáculo político, o determinadas por la dictadura de la primicia, sin resquicios válidos para la reflexión racional, obra como *espectador*, ordena sus proyectos en función de lo que mira, y desarrolla un apetito por lo extraordinario, una voracidad por lo espectacular. Y lo espectacular en política forma parte esencial del populismo.

Entonces, cuando se privilegia lo espectacular en la información, e incluso en la opinión, se está induciendo aunque fuese inconscientemente a que los comportamientos de la gente no sean los de un pueblo responsable de sus deberes, sino los de un público que se cree asistido de todos los derechos, y el principal, el de recibir satisfacción cotidiana a su voracidad chismográfica y a alimentar sus inclinaciones por lo que presenta la tarima.

Alexis de Tocqueville ya advirtió en *La Democracia en América*, hace ciento setenta años, que uno de los peligros que enfrentarían los sistemas republicanos sería *el imperio soberano de la opinión pública, convertida en una especie de presión inmensa de la mentalidad de todos sobre la inteligencia de cada cual*. Tocqueville advirtió, al examinar el sistema político norteamericano, que ese anónimo y todopoderoso personaje colectivo se apropiaría de los mecanismos

de la democracia y determinaría la conciencia, la libertad y los sentimientos de los ciudadanos. *El individuo está dispuesto a reconocer que está equivocado, cuando la mayoría lo afirma*, dice Tocqueville, quien llegó a sostener que *...la fe en la opinión pública se convertirá en una especie de religión en la que la mayoría será el profeta*.<sup>9</sup>

La opinión pública se ha transformado en el gran mito y tabú de nuestro tiempo. A ella se remiten ideologías y doctrinas cuando dudan de su propia eficacia dialéctica. A ella apela el político como la instancia final de sus razones. Ella es la fuente de la nueva legitimidad que proviene no de los votos sino de los sondeos, las encuestas y las mediciones de popularidad. La opinión pública es una especie de gurú etéreo que vigila las conciencias, modifica los valores, construye nuevas éticas, marca el destino de personajes y alimenta los egos que nacen del papel y de las pantallas.

Como la política, la opinión pública se desconecta en ocasiones de la realidad y hace de la metáfora la verdad. La opinión pública es el aire de las sociedades modernas. Sin embargo, no siempre es la expresión de las densas realidades en que ellas transitan. A veces, a partir de la opinión pública, se construye un mundo de ideales y bambalinas y se refugia en sus propias ilusiones. ¿Quién construye la opinión pública? ¿Cómo obra la noticia, el reportaje y el análisis en su construcción? Son cuestiones de las que la prensa debe ocuparse y responderse con gran objetividad.

La noción de opinión pública ha sufrido una simplificación singular. Se habla de ella como se habla de un fantasma. Se ha vuelto etérea, inasible, y por lo mismo, las referencias a ella resultan a veces excusas de las que se valen los dirigentes políticos, los gremios o los sindicatos. Si la opinión pública lo dice, pues hay que obrar en función de ella, porque sus decires, reales o supuestos, se han convertido en mandato al que se debe obedecer sin resistir. En esa opinión radica un poder fáctico incontrastable. Véase cómo las campañas electorales de los Estados Unidos -de la República Imperial, al decir de Raymon Aron- se basan en los vaivenes de la opinión pública. De ella depende el poder del mundo, de modo que los medios no pueden hacer abstracción de tan compleja realidad. Deben, por supuesto, contar con ella, pero no siempre obedecer a ella, ni estructurar sus agendas en función de lo que la fantasmagórica *opinión pública* diga. La finura de análisis, la responsabilidad profesional y sobre todo los principios son las guías en semejante desafío. Los disrios serios e independientes saben que esa tarea es ardua, pero no imposible, porque muchos de ellos han logrado, pese a todo, mantener una autonomía razonable frente a las implícitas presiones de esa opinión pública siempre cambiante, etérea, que cuando de elegir mandatarios se trata, convertida en votos, con lamentable frecuencia, inclina la balanza hacia el populismo.

Los medios, y la prensa escrita en particular, trabajan ejerciendo la libertad de expresión, lo cual es de por sí riesgoso en el mundo actual. Esa libertad es incanjeable e irrenunciable. Su mejor aval es la credibilidad, la veracidad, la oportunidad en la información y en la opinión. Los medios y los periodistas deben estar alertas a que no se dificulte a esa libertad, pero también a que la banalidad no contamine su complicada misión, porque lo que está claro es que los periódicos no son, no pueden ser, en cuanto medios de información y de opinión, exclusivamente espacios de entreteni-

miento para el lector. Al contrario, deben ser la mala conciencia de una clase política que va desnaturalizando la democracia por la vía del populismo y, en ocasiones también, la mala conciencia de una clase dirigente y de una clase media que apunta sin reserva crítica hacia la mediocridad, de allí que se haya convertido en grave evidencia lo que Cornelius Castoriadis llamó *el ascenso de la insignificancia*.

*La Declaración de Chapultepec* dice con certeza que ...la credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de esos fines y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios <sup>10</sup> Este es el punto fundamental: son los medios los que deben, en función de los principios inspiradores de las

políticas informativas y editoriales, preservar la objetividad, la seriedad, el rigor informativo, poniendo a salvo sus tareas de las tentaciones de la teatralidad dominante en el mundo. Eso no se logrará sino es con reglas éticas, con convicciones y preceptos que nazcan de los propios medios. Absurdo sería pensar siquiera que el compromiso con la verdad y la distinción entre lo periodístico y lo comercial pueda hacerse con ingerencia del poder político. Este tema es asunto de claridad conceptual, de autocrítica, de percepciones lúcidas y no de leyes.

*La Rábida España, 13 de julio del 2004.*

#### NOTA

Conferencia dictada en la sede de La Rábida de la Universidad Internacional de Andalucía, por invitación de ella.

#### Notas

1. Cieza de León, Pedro. La crónica del Perú. p. 27
2. Corral, Fabián. Notas para un lector.p. 95. Edit. Aguilar. 2002
3. Hernández, José. Periodismo, ¿oficio imposible? p. 107,109 Ciespal. Quito, 2004.
4. Sartori, Giovanni, op. cit. p. 71. Taurus, Aguilar 1998.
5. Bourdieu. Pierre. p. 133. La televisión. Anagrama 1996
6. Minc, Alain. La Borrachera Democrática. Edit. Gsallimrd. 1995
7. Citado por Sartori. op. cit. p. 139
8. Ramonet, Ignacio. La Tiranía de la Comunicación p. 110. Edit. Debate 2002.
9. Tocqueville, Alexis de. Democracia en América. Alianza Editorial.
10. Declaración de Chapultepec, principio N. 9. 11 de marzo de 1994.

*SECCIÓN JURISPRUDENCIA*

**ALEJANDRO PONCE VILLACÍS**

**Sin luz al final del túnel: breve análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la directa aplicación del Derecho Internacional**

# Sin luz al final del túnel: Breve análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la directa aplicación del Derecho Internacional

Alejandro Ponce Villacís

## Introducción

En relación con la discusión sobre la supremacía del Derecho internacional sobre la Constitución he sostenido que *de conformidad con el actual desarrollo del derecho internacional, este es un sistema que prevalece sobre los ordenamientos domésticos. Por ello, las normas domésticas que no sean compatibles con el mismo carecen de eficacia, por una parte, y por otra pueden generar responsabilidad internacional para el Estado. La Constitución del Ecuador reconoce esta estructura del derecho, por ello inclusive ésta mantiene y reconoce la supremacía del derecho internacional.* Sin embargo, tal afirmación podría no representar necesariamente una realidad en la aplicación diaria del Derecho Constitucional por lo que considero oportuno realizar un análisis sobre la conducta estatal y de los tribunales encargados de hacer una realidad tal presupuesto jurídico.

Considero indispensable iniciar el presente ensayo tomando como punto de partida las disposiciones constitucionales vigentes desde 1979 y que constaron en la Constitución aprobada en el referéndum de 1978. La norma constitucional del Art. 3 dispuso que: *El Estado acata los principios del derecho internacional...*

Por otra parte, el Art. 44 de la Constitución de 1978 disponía que:

*El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes*

Posteriormente, mediante las reformas constitucionales de 1983 el artículo tercero de la Constitución fue reformado, de tal manera que en relación con el derecho internacional disponía:

*...declara que el Derecho Internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas...*

De la lectura de estas normas se podría concluir que las raíces del reconocimiento a la supremacía del derecho constitucional se encuentran precisamente en el retorno a la democracia hace veinticinco años.

Sin embargo, estos avances importantes en la normativa constitucional se vieron gravemente afectados por las reformas constitucionales de 1996, que pese a mantener las normas antes citadas introdujeron la siguiente, que era absolutamente contradictoria con los principios antes señalados:

*Art. 94.- 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.*

Evidentemente tal norma conducía a colocar a los Tratados internacionales en similar condición a la que tienen los Reglamentos. De cualquier manera, tal contradicción, tanto con las propias normas constitucionales como con el Derecho internacional no fue jamás considerada por los tribunales y cuando eventualmente se pudo presentar la oportunidad para aplicar la norma, el Tribunal Constitucional resolvió simplemente aplicar directamente la norma internacional.

Posteriormente, en agosto de 1998, con la vigencia del nuevo texto constitucional se ratificó la vigencia y supremacía del Derecho internacional por sobre el derecho doméstico, quedando para algunos, en una posición jerárquica inferior a la Constitución, en virtud del mandato del Art. 163 de la Constitución.

Sin embargo, pese a que en los últimos veinticinco años la Constitución ha reconocido la plena exigibilidad del Derecho internacional en el ámbito interno, los jueces y tribunales se han abstenido de darle una aplicación directa, y, en ciertos casos han actuado en franca oposición al mismo.

En el ámbito de competencias del desaparecido Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal Constitucional, la conducta antes señalada no ha sido la excepción. En efecto, son contadas las resoluciones en las que el Tribunal se ha pronunciado dando aplicación. En algunas de tales resoluciones, la actuación del Tribunal se ha dado de conformidad con las disposiciones internacionales, mientras que en otras su actuación ha sido directamente violatoria del Derecho internacional, conduciendo con las mismas a una eventual responsabilidad internacional al Estado. Sin embargo, en otros casos el Tribunal simplemente ha preferido no pronunciarse sobre las normas internacionales aplicables al asunto o asuntos de su competencia.

## Las resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales

De acuerdo con la investigación realizada el Tribunal de Garantías Constitucionales no dictó resolución alguna en la que se pronuncie de manera directa sobre la aplicación de una norma de Derecho internacional. Sin embargo, el mismo Tribunal actuando ya como Tribunal Constitucional, en virtud de las reformas constitucionales de enero de 1996, sí se pronunció al menos en un caso concreto.

En efecto, en el Registro Oficial 182 de 25 de noviembre de 1996 aparece publicado el caso del Coronel Mario Montesinos Mejía, quien, de conformidad con el texto de la propia resolución, propuso un recurso de habeas corpus en los siguientes términos:

*...el coronel Mario Montesinos Mejía comparece ante el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito con una petición de habeas corpus y alega que se halla detenido más de cincuenta meses sin que los procesos penales hayan concluido la fase inicial de investigación, luego de haber sido apresado sin boleta de detención, golpeado, obligado a declarar en ausencia de su abogado, sometido a procedimientos inhumanos y degradantes, detención que se legaliza el 31 de julio de 1992 y el 13 de agosto de ese año, no obstante haber sido capturado el 21 de junio anterior, dentro de trámites penales cuyos auto cabezas de proceso son emitidos el 30 de noviembre de 1992 en los juicios por enriquecimiento ilícito y conversión y transferencia de bienes, y, en otro, el 18 de noviembre de 1992, por testaferrismo, con los cuales se le sindicó y se ordena su prisión preventiva, sin que en ninguno de los autos el entonces Presidente de la Corte Superior de Quito señale el motivo o la razón de tal decisión, y, por lo tanto, dice el coronel, que desconoce los cargos formales existentes en su contra y, más todavía, que se pretende aplicar una ley posterior a los hechos supuestamente delictivos, por todo lo cual solicita su inmediata libertad por haberse infringido las disposiciones de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 9, 11, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 167, 215, 217 y 231 del Código de Procedimiento Penal y de los numerales 1, 19 literales e) y g) del artículo 22 de la Constitución, y por ser procedente el recurso de habeas corpus, al tenor de las disposiciones de los artículos 28 de la Carta Suprema y 74 de la Ley de Régimen Municipal.<sup>6</sup>*

Evidentemente, en este caso el recurrente buscó una directa aplicación de varias normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De las normas citadas, tienen particular importancia aquellas contenidas en los Arts. 7(5), 7(6) y 25 de la Convención Americana en cuanto garantizan tanto el derecho al recurso de *habeas corpus* como al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o en su defecto a ser puesto en libertad. Cabe recordar que en aquella época no existía norma constitucional alguna relativa a la duración de la prisión preventiva y por lo tanto podía alargarse de manera indefinida.<sup>7</sup>

En este recurso de habeas corpus, que por cierto fue el primero en ser conocido por el Tribunal de Garantías Constitucionales, actuando como Tribunal Constitucional, no solo se dio aplicación directa a una norma internacional, sino que además se la interpretó de una manera concordante con los principios del derecho internacional, e inclusive recogió, tácitamente, la jurisprudencia internacional en la materia.<sup>8</sup> En efecto, el Tribunal consideró que:

*Que el Tribunal tiene el deber de pronunciarse sobre la afirmación del recurrente de que se lo mantuvo detenido sin fórmula de juicio durante meses, e incomunicado por 38 días y se encuentra actualmente detenido sin que se haya dictado una sentencia condenatoria. Por consiguiente, se viola el Art. 7 (5) de la Convención que con-*

*sagra el derecho de ser llevado ante un juez u otra autoridad sin demora, de ser procesado y condenado en un lapso justo, y de no ser así de que se ordene su libertad sin perjuicio de que continúe el proceso, pues desde la fecha en que fue detenido ha transcurrido cincuenta meses privado de la libertad.<sup>9</sup>*

Añadió además el Tribunal que:

*Que el habeas corpus es una acción que pretende no solo defender a las personas únicamente en los casos de detención arbitraria formal, sino también es una garantía constitucional en defensa de la libertad y seguridad personales, tanto para los casos en que las detenciones se disponen y se dan formalmente de manera inconstitucional o ilegal, cuanto para aquellos en que los detenidos permanecen privados de su libertad, no obstante que su detención haya sido formalmente correcta, como lo afirma el doctor Carlos Sanchez Viamonte, en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, cuando expresa A ella se debe la consagración del habeas corpus en amparo de la libertad aún contra los actos de los jueces, ya que el objeto de la demanda, dice, consiste en el amparo de la libertad afectada, para concluir que Se da en amparo de la libertad arbitrariamente restringida y no contra detenciones ilegales. Que el Tribunal viene manteniendo una postura irreductible en defensa de los derechos humanos fundamentales, que expresa que esos derechos inherentes a la persona son previos a cualquier declaración constitucional, y que, consecuentemente, todas las demás normas constitucionales están subordinadas a ellos, incluso las relativas a la independencia de la función judicial, que debe entenderse modernamente como que consagran una necesaria interdependencia entre funciones, y vetan el abuso y la arbitrariedad, fundamentalmente provenientes de otras funciones, pero también de las que pueden provenir de los propios órganos, tribunales, ministros y jueces de la misma función judicial.<sup>10</sup>*

Esta resolución definitivamente rompió no sólo con un sistema establecido que impedía el real ejercicio del recurso de *habeas corpus*, sino que por primera vez se reconoció la condición de garantía individual internacionalmente protegida. Encontrándose tal reconocimiento precisamente al dar aplicación directa al Art. 7(5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por una parte y de manera expresa al resolver que:

*... las normas internacionales y regionales sobre derechos humanos son de jus cogens es decir, imperativas frente a la comunidad internacional, aún antes de que se incorporen a la legislación interna de los países a través de normas positivas nacionales o a través de la ratificación de los instrumentos internacionales.<sup>11</sup>*

Lastimosamente, este Tribunal no desarrolló ninguna otra jurisprudencia adicional sobre el tema, pues unos meses más tarde, de manera inconstitucional, el Congreso decidió declarar que sus vocales habían cesado en sus funciones.<sup>12</sup>

## El Tribunal Constitucional

En 1997 el Congreso Nacional designó a los primeros miembros del Tribunal Constitucional. Si bien varios de sus miembros, en un inicio, no mantuvieron necesariamente la línea descrita en los párrafos precedentes,<sup>13</sup> y en ciertas actuaciones tomaron una posición absolutamente diferente, posteriormente sí reconocieron la importancia y jerarquía del Derecho internacional.

En efecto, el Tribunal Constitucional mediante resolución de 16 de diciembre de 1997 declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas así como la inconstitucionalidad del artículo innumerado siguiente al 114 del Código Penal que fuera agregado por la Ley 04 publicada en el Registro Oficial 22 de 9 de septiembre de 1992. Para sostener la inconstitucionalidad de la norma el Tribunal tomó como fundamento lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Suárez Rosero<sup>14</sup> y afirmó que:

*El Segundo inciso del artículo primero de la Ley reformativa al Código Penal publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 22 de 9 de septiembre de 1992 es inconstitucional, por discriminatoria, viola la igualdad ante la Ley, desconoce el derecho de los ecuatorianos para gozar de igual protección, contraviene el numeral 6 del artículo 22 de la Constitución. A ello debe agregarse como antecedente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos al dictar la sentencia sobre el caso Suárez Rosero el 12 de noviembre de 1997, por unanimidad.- 5. declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma<sup>15</sup>*

Posteriormente, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en la resolución del recurso de amparo propuesto por Diego Espinosa Alvarez, no sólo dio aplicación directa a una norma internacional<sup>16</sup> de los derechos humanos; sino que reconoció además que estas normas prevalecían sobre el ordenamiento constitucional. En efecto la Sala afirmó:

*[s]i lo es el que las disposiciones mencionadas (inciso 2do Art. 95 e inciso final del Art. 276), contravienen los Arts. 16, 17, 18, 23, 24 y 35 de la actual Constitución Codificada y violan instrumentos internacionales, incluyendo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, suscrita y ratificada por el Ecuador y cuyo artículo 29 dice: Normas de interpretación.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupos o personas suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. No es necesario recordar ni transcribir una vez más lo dispuesto en el Art. 18 de nuestra Constitución Codificada, en vigencia desde el 11 de Agosto del presente año, pero nos remitimos a ella<sup>17</sup>*

Lastimosamente, el Tribunal en fallos posteriores no siguió esta línea,<sup>18</sup> por el contrario ha sostenido reiteradamente que el segundo inciso del Art. 95 debe ser aplicado cuan-

do se trate de decisiones judiciales, inclusive en contra de actos ejecutados por órganos del ejecutivo que aún mantienen ciertas potestades de administración de justicia. En ninguna de las múltiples resoluciones dictadas por el Tribunal se ha tomado en cuenta alguna de las normas del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Por ello, afirmo categóricamente que en este sentido se ha dado un retroceso clarísimo. En efecto, inclusive la misma Sala que en octubre de 1998 se pronunció a favor de la procedencia de la acción de amparo en contra de las decisiones judiciales, dos meses más tarde sostuvo el criterio opuesto al afirmar que:

*La actual Constitución Política codificada en el inciso segundo del Art. 95 textualmente dice: No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso y el inciso final del Art. 276 dice: Las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional; lo cual significa que el Tribunal Constitucional no puede intervenir en las decisiones judiciales que han sido adoptadas en un proceso o juicio determinado y así mismo no puede ejercer ningún tipo de control a las providencias emanadas por la Función Judicial<sup>19</sup>*

La posición de esta Sala evidentemente muestra la fragilidad existente en el sistema y la poca voluntad política por parte de los vocales o magistrados por adoptar una posición sólida frente a este tema, que en mi criterio resulta de poca complejidad jurídica. Sin embargo, la resolución condujo a fortalecer la posición, al menos aparentemente dominante, sobre la supremacía constitucional.

Posteriormente, el Tribunal, en el recurso de amparo propuesto por la señora María Salvador en contra del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en el que se alegó la violación de normas internacionales, particularmente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la protección del derecho a la propiedad, se abstuvo de pronunciarse sobre las violaciones a los instrumentos internacionales.<sup>20</sup>

Considero importante referirme a la resolución del Tribunal Constitucional en los casos 759-99TC, 760-99-TC y 800-99-TC, publicada en el Registro Oficial 350 de 30 de diciembre de 1999 en la cual se niega las acciones de inconstitucionalidad propuestas en contra de la resolución con carácter obligatorio de la Corte Suprema de Justicia en la que se interpretó que la prisión preventiva dejaba de ser tal luego de haberse dictado sentencia aún cuando la misma se encuentre en la etapa de impugnación.

En dicha resolución, el Tribunal sin realizar una motivación en Derecho simplemente niega las acciones señalando que no se afectó de manera alguna el precepto constitucional. El Tribunal, evidentemente se abstuvo de realizar cualquier examen de las normas internacionales aplicables al caso y en particular las normas relativas a la presunción de inocencia y protección de la libertad personal, reconocidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, en el voto salvado de los vocales Doctores Marco Morales Tobar y Hernán Ribadeneira Játiva afirman:

*La Corte Suprema, al expedir esta resolución no ha tomado en cuenta los principios propersona, pro-reo y*

*Favor libertatis* consagrados en los Artículos 18, 24 numeral 2 y 24 numeral 6 de la Carta Política, y de ha hechos caso omiso al artículo 7 del Pacto de San José,

Si bien en el voto salvado no se hace un análisis profundo sobre el alcance del artículo 7 de la Convención Americana y su pertinencia al caso,<sup>21</sup> sí resulta evidente que todos los miembros del Tribunal conocieron y discutieron, en sus deliberaciones, el alcance de las normas internacionales y su eventual aplicación al caso. En este sentido, resulta importante determinar que los vocales del Tribunal Constitucional se abstuvieron no sólo de aplicar las normas convencionales pertinentes sino que además ignoraron la jurisprudencia obligatoria sobre la restricción de derechos.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la limitación permitida de los derechos humanos únicamente cabe en virtud de normas legales. En relación con el alcance de la palabra *leyes* la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que:

22. *Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.*<sup>22</sup>

Conforme lo he señalado, el Tribunal Constitucional de manera acertada en el caso relacionado con 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 en Manta para actividades aéreas antinarcóticos*, afirmó que no puede ejercer control constitucional sobre los tratados internacionales.<sup>23</sup> Sin embargo, tal principio no se ha extendido a que el Tribunal al momento de resolver los casos de aplicación directa de los instrumentos internacionales y con ello promueva una vigencia efectiva de los mismos.

Sin embargo, el Tribunal en ciertos casos ha dado una aplicación directa a normas internacionales que responde al actual desarrollo del Derecho internacional. Así, en el caso del *habeas corpus* interpuesto a favor del Coronel Lucio Gutiérrez,<sup>24</sup> la Segunda Sala del Tribunal Constitucional resolvió que:

*El habeas corpus es una de las garantías fundamentales de los derechos humanos, respaldada por muchos siglos de historia, avalado por la doctrina y reconocido por la*

*mayoría de las constituciones políticas del mundo.- Además tiene el respaldo de instrumentos internacionales como a Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ...*<sup>25</sup>

Se añade además en la misma resolución que:

*El Art. 93 de la Carta Política señala que Toda persona que se crea estar ilegalmente privada de su libertad podrá acogerse al habeas corpus...? Este mandato constitucional no excluye a persona alguna, de la índole o condición que fuere, apara a todo ser humano. Precepto que guarda armonía con el Art. 17 de la misma Carta Política que dice: El Estado garantiza a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medias para el efectivo goce de estos derechos. En este mismo sentido, la Convención Interamericana (sic) sobre Derechos Humanos o llamado Pacto de San José, ratificado por el Ecuador, mediante Decreto Supremo No. 1883, publicado en el R.O. 452 de 27 de octubre de 1977, y que por tanto forma parte del ordenamiento Jurídico de la República, y prevalece sobre leyes y otras normas de menor jerarquía, dispone en el Art. 1 Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social y el Art. 29 señala: Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de : a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; y el Art. 7.6 que garantiza el derecho a la libertad personal, y que garantiza el derecho a la libertad personal y que garantiza que Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de sus arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales. Dicho recurso no puede ser restringido ni abolido.... Amparo a la libertad que no puede ser derogado ni aún en estado de emergencia.*<sup>26</sup>

Sobre la base de los argumentos antes señalados y dando aplicación directa a las normas internacionales allí determinadas y de conformidad con lo dispuesto en las propias normas constitucionales, la Sala resolvió conceder el recurso de *habeas corpus* y así desvirtuó la doctrina persistente que tradicionalmente ha excluido a los militares en servicio activo de acogerse al derecho de impugnar la legalidad de su detención a través del recurso de *habeas corpus*. Si bien este caso pudo haber tenido una trascendencia política en virtud del beneficiario del recurso, sin duda alguna debió constituir un precedente fundamental para que el Tribunal y

los alcaldes rescaten el verdadero sentido del *habeas corpus* y reconozcan la importancia de aplicar de manera directa las normas internacionales vigentes. Sin embargo, esto no sucedió y esta trascendental resolución quedó en el olvido.<sup>27</sup>

Por otra parte al revisar resoluciones del Tribunal Constitucional en materia de *habeas corpus* y amparo he podido determinar que en algunos casos el Tribunal se ha limitado a citar que tal garantía se encuentra reconocida en los instrumentos internacionales. Sin embargo, el Tribunal se abstiene de realizar un análisis profundo sobre el alcance que tiene el *habeas corpus* en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos Humanos.<sup>28</sup> Si bien, en alguno de los casos se transcribe la norma internacional y luego de ello se concluye que ha existido violación de la misma, no existe en realidad un verdadero desarrollo jurisprudencial del derecho protegido. Con esta conducta el Tribunal y sus vocales pierden la oportunidad histórica de desarrollar una verdadera doctrina constitucional.

No debo dejar de mencionar recientes resoluciones del Tribunal Constitucional en las que no sólo ha existido una falta de aplicación directa sino que por el contrario las actuaciones del Tribunal han sido contrarias al Derecho internacional. Así, en la resolución de la acción de inconstitucionalidad propuesta en contra de las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal el Tribunal resolvió en relación con la constitucionalidad de la detención en firme que:

*En tal virtud, la utilización del término detención en firme dada por el legislador no atenta contra ninguna garantía o derecho constitucional del encausado, menos aún contra normas contenidas en acuerdos o pactos internacionales vigentes con los que, por el contrario, se guarda armonía en todo el procedimiento procesal mencionado en los considerandos precedentes, en particular, con las normas internacionales que fundamentan la demanda del Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, esto es con el artículo 9, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad; con el artículo 7, numeral 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone: Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...; y, con el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.1 de la Convención Americana que establecen la necesidad de que el enjuiciamiento se lleve a cabo sin dilaciones indebidas para que el proceso penal no se prolongue en exceso y que las pruebas obtenidas no se dañen o se pierdan.<sup>29</sup>*

Evidentemente, la resolución del Tribunal atenta de manera directa al principio de la razonabilidad temporal de la detención o prisión de carácter cautelar recogida en los instrumentos internacionales señalados en la propia resolución. En efecto, los instrumentos internacionales pretenden prote-

ger al individuo de los efectos derivados de una prolongada privación de la libertad como medida cautelar, derecho que ha sido regulado en nuestra Constitución al determinar los plazos máximos de la prisión preventiva. En la resolución, se niega el reconocimiento de la calidad de medida cautelar que tiene la *prisión en firme*, más allá de la denominación utilizada, y con ello se desconoce el derecho garantizado precisamente en los artículos mencionados en la propia resolución. En consecuencia, el Tribunal lejos de dar una aplicación directa a las normas internacionales incurrió en clara violación de las mismas, particularmente de la norma del Art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que impide el restringir los derechos en mayor medida que la prevista en la propia Convención.

De igual manera la conducta reiterada del Tribunal Constitucional a través de sus diferentes Salas, ha sido la de negar los recursos de apelación en contra de las negativas de las resoluciones de los alcaldes sobre el *habeas corpus*, en los que simplemente se resuelve que el recurso es infundado por existir orden judicial de detención<sup>30</sup> es violatoria de las obligaciones internacionales del Estado. En dichas resoluciones el Tribunal se abstiene de realizar un verdadero análisis de la legalidad de la detención, es decir se abstiene de revisar los motivos que condujeron a que se emita la orden de privación de la libertad. De conformidad con la legislación internacional vigente la obligación de revisar la legalidad de la detención va más allá de un mero análisis formal de la detención, pues los recursos, para cumplir con las obligaciones de internacionales deben ser idóneos y eficaces.

En este sentido, la falta de aplicación directa de los instrumentos internacionales vigentes ha llegado a extremos verdaderamente fantásticos. Así, la Primera Sala del Tribunal Constitucional, ignorando el principio de legalidad reconocido en varios instrumentos internacionales y en directa violación de los Arts. 7 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resolvió negar un recurso de *habeas corpus*, fundándose para ello en que:

*...al tratarse de un ciudadano extranjero que cumplió una condena en el país por el delito de tráfico de drogas, el mismo se halla bajo órdenes del Intendente de General de Policía de Pichincha quien ha dispuesto su deportación, la misma que no ha podido llevarse a efecto por la negativa del recurrente a ser deportado, debiendo por tanto permanecer internado en un establecimiento penitenciario...<sup>31</sup>*

En este caso, la Primera Sala del Tribunal Constitucional no sólo que debió haber respetado la norma del Art. 9 de la Convención Americana que impide el que una persona sea sancionada con una pena distinta a la prevista en la Ley o con penas no previstas en las leyes, sino que además en aplicación de los Arts. 7 y 24 de la misma Convención debió ordenar la inmediata libertad con el fin de garantizar el derecho a la libertad y a la igualdad ante la Ley. Además, la Sala se encontraba en la obligación de aplicar lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18, en cuanto resolvió que:

*1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho*

*fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.*

2. *Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.*

3. *Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho internacional como en el interno.*

4. *Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del Derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.*

5. *Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.*

6. *Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.*

7. *Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.*

8. *Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. ...*

...11. *Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.<sup>32</sup>*

En el caso señalado la Sala simplemente ignoró la jurisprudencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## Conclusión

Durante los últimos veinticinco años de régimen constitucional las normas constitucionales han impuesto la aplicación del Derecho internacional en el ordenamiento interno. Sin embargo, ha existido una escasa y sobre todo pobre aplicación directa de los instrumentos internacionales, sin que pueda para ello alegarse un desconocimiento de las normas internacionales, pues la propia jurisprudencia demuestra que sí se conocen las normas internacionales.

Si bien existen pocos precedentes jurisprudenciales importantes que han sido resueltos tanto por el Tribunal de Garantías Constitucionales como por el Tribunal Constitucional, los mismos han quedado en el olvido, pues el Tribunal ha procurado no sustentar sus resoluciones en dichos precedentes. Por ello, me atrevo a afirmar que luego de estos veinticinco años nos encontramos en esta materia sin luz al final del túnel.

## Notas

- 1 Alejandro Ponce Villacís, *La Constitución y el Derecho Internacional*, publicado en *Temas de Derecho Constitucional*, Ediciones Legales, 2003, Quito, p.31
- 2 Publicada en el Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.
- 3 Véase Resolución del Tribunal Constitucional de 16 de Diciembre de 1997, en la que se declara la Inconstitucionalidad de varios Artículos de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el R.O. 222 de 24 de diciembre de 1997
- 4 Sin embargo, conforme lo he discutido ampliamente en mi criterio no existe tal supremacía constitucional y por el contrario la norma constitucional se encuentra sometida a la supremacía del Derecho Internacional.
- 5 Inclusive en ciertas circunstancias que el Tribunal pudo haber dado aplicación a normas internacionales no hizo. Así, por ejemplo, en la resolución relacionada con la acción de amparo propuesta por Luis Alfonso Freire, publicada en el Registro Oficial No. 58 de 31 de octubre de 1996, el Tribunal de Garantías Constitucionales, actuando como Tribunal Constitucional, no pronuncia sobre las violaciones a los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pese a que en la propia resolución consta que el recurrente sí invocó tales normas.
- 6 R.O 75 de 25 de Noviembre de 1996, p. 8
- 7 Al igual que sucede en la actualidad en virtud de las reformas al Código de Procedimiento Penal de 13 de enero de 2003, se dejó sin efecto la protección constitucional relativa a la duración máxima de la prisión preventiva. Más adelante, se examina con detenimiento este tema.
- 8 Según consta en las transcripciones de las discusiones relativas a este caso, uno de los miembros del Tribunal se basa en la Opinión Consultiva OC8 de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos para sostener la procedencia del recurso.

## Notas

9. Id.
10. Id.
11. Id. Es importante mencionar que en la transcripción de las discusiones que realizó el tribunal en relación con este caso, uno de los vocales citó como fundamento para conceder el *habeas corpus*, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema. Por ello, no resulta casual la afirmación que se cita.
12. Con el fin de evitar que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del acto del Congreso por el cual se resolvió declarar incapaz para gobernar al Presidente de la República.
13. En efecto, una de las Salas resolvió declarar que el *habeas corpus* concedido a favor del Coronel Mario Montesinos carecía de valor.
14. Véase, Corte I.D.H. caso Suárez Rosero sentencia de 12 de noviembre de 1997.
15. R.O. No. 222, Suplemento de 24 de diciembre de 1997, p. 4
16. Aunque declaró improcedente la acción por considerar que no existía gravedad e inminencia del daño.
17. Resolución de la Segunda Sala de 29 de octubre de 1998 en el trámite del recurso de amparo No. 462-98-RA.
18. En efecto la Primera Sala del Tribunal Constitucional afirmó: *El inciso segundo del Art. 95 de la Constitución dispone claramente que no son susceptibles de Acción de Amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso; y, de autos obra que tanto la sentencia de prescripción adquisitiva de dominio como la demanda de nulidad de sentencia ejecutoriada, cada una de ellas son parte de un proceso judicial propio de la función del Juez como Juzgador dentro del ámbito de su competencia, la Función Judicial, de tal forma que este tipo de actuaciones judiciales dentro de un proceso jurisdiccional, están excluidas de las Acciones de Amparo Constitucional. PRIMERA SALA. Resolución 072-RA-99-I.S. Numero 72. Caso 550. Quito, 29 de marzo de 1999. En el mismo sentido se pronuncio la Sala la Resolución 098-RA-99-I.S. Número 98. Caso 122 de 20 de abril del 1999.*
19. Resolución de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, No. 733-98-RA-II.S. Número 733, de 22 de enero de 1999.
20. Este caso ha llegado inclusive a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la misma que ha emitido un informe de admisibilidad. Por ello, en un futuro no muy lejano el Estado ecuatoriano podría ser declarado como violador de normas internacionales en materia de Derechos Humanos.
21. La discusión de este caso recaía fundamentalmente en la razonabilidad temporal de la prisión preventiva. A través de la resolución de la Corte Suprema se permitía extender los plazos previstos en la Constitución para la duración de la prisión preventiva.
22. Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-6 de 9 de mayo de 1986, *La Expresión Leyes en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, para. 22.
23. Véase Resolución Nro. 012-2001-TP, Informe al H. Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, 2001, p. 128.
24. Que fue notificado con posterioridad a la resolución del Congreso que concedió amnistía por los hechos ocurridos el 21 de enero de 2000. Por ello, la libertad concedida al coronel Gutierrez no respondió al *habeas corpus*.
25. Resolución de 24 de Mayo de 2004, Tribunal Constitucional, Segunda Sala, Caso No. 004-2000-HC.
26. Id.
27. Inclusive al extremo de que no se encuentra publicada en el Registro Oficial.
28. Véase resoluciones en casos Nro. 059-2001-TP y No. 0 48-2001-HC, publicadas en el Informe al Congreso Nacional, 2001. Resolución en caso 014-2002-HC, publicada en Informe al Congreso Nacional 2002. Resolución en caso 239-2002-RA, publicada en Informe al Congreso Nacional 2002. Lo mismo se ha dado en el voto salvado de los doctores Carlos Helou y Armando Serrano en relación con el caso No. 322-2002-RA, publicado en Informe al Congreso Nacional 2002.
29. Resolución No. 002-2003-DI, Caso Nro. 002-2003-DI, publicado en el Registro Oficial No. 230 de 11 de diciembre de 2003.

**Notas**

30. Véase por ejemplo: Resolución, 0088-03 HC, RO. 246 de 7 de enero de 2004; Resolución 077-2003-HC, Publicada en el Registro Oficial 255 de 20 enero de 2004; Resolución 091-2003-HC publicada en el Registro Oficial No. 258 de 23 de enero de 2004; Resolución 086-03-HC publicada en el Registro Oficial No. 267, de 5 de febrero de 2004; Resolución 0066-03-HC, publicada en el Registro Oficial 268 de 6 de febrero de 2004;
  31. Resolución No. 0011-04-HC, publicada en el Registro Oficial No. 301 de 26 de marzo de 2004.
  32. Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados
-