IURIS DICTIO

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Octubre 2005

IURIS DICTIO

Año V, Nº 9

Iuris Dictio

Revista del Colegio de Jurispudencia
Universidad San Francisco de Quito

Año V, Nº 9

Quito, octubre 2005

Diagramación, impresión:
Ediciones Abya-Yala

La nueva administración de justicia en el Código de la Niñez y Adolescencia

Farith Simon C.

Antecedentes

El nuevo Código de la Niñez y Adolescencia[1] (en adelante CNA) introdujo importantes innovaciones normativas e institucionales, las que han transformado de manera significativa la situación jurídica de la institucionalidad pública encargada de garantizar y proteger los derechos de la infancia y adolescencia en nuestro país. La ley, en varios aspectos, es una ruptura con modelos normativos-institucionales introducidos en el país desde 1938 por medio del primer Código de Menores, redactado y puesto en vigencia durante la dictadura del Gral. Alberto Enríquez Gallo.

El modelo adoptado en 1938 respondía a una tendencia creciente en la región[2] que se dirigió a excluir del derecho penal a las personas menores de edad, proceso que se basó en la llamada doctrina de la "situación irregular"[3]. El costo de la exclusión del derecho penal fue el de la negación de garantías y derechos reconocidos para todos los seres humanos, permitiendo una acción e intervención indiscriminada del Estado en la vida de aquellos niños y niñas excluidos, sea por pobreza o por violencia (como víctimas o victimarios).

En nuestro país el modelo de "justicia de menores" adoptado tomó las características de un "servicio judicial" dependiente de la Función Ejecutiva, con una composición multidisciplinar, que de acuerdo a Emilio Uzcategui[4], se aprobó debido a que su "...jurisdicción es de carácter preventivo y reeducativo, o sea, de readaptación social" y por "... la imposibilidad de encontrar para cada provincia una persona provista de la triple cultura y formación del abogado, del médico y del educador (...)"[5].

A partir del año 1938 se dieron sucesivas reformas al "sistema de justicia de menores", casi todas ellas dirigidas a introducir nuevas competencias, por ejemplo alimentos legales, asistencia a mujeres embarazadas, conflictos sobre tenencia, visitas, autorizaciones de trabajo a menores de edad, etc.[6], y a perfeccionar el mecanismo de apelación[7].

Hasta la aprobación del CNA el servicio judicial de menores era dependiente del Ministerio de Bienestar Social, estaba conformada por los llamados tribunales de menores (existían 31), quienes tenían jurisdicción provincial, compuestos por un vocal médico, educador y un abogado (quien lo presidía). El organismo de apelación eran las cortes distritales de menores (Quito, Guayaquil y Cuenca) y existía una "Corte Nacional de Menores"[8] como un órgano de administración del sistema, sin competencias jurisdiccionales. Como órgano auxiliar se contaba con el Servicio Social Judicial[9].

Esta reforma (el de cortes distritales y las nuevas competencias de la Corte Nacional de Menores) se introdujo en el Código de Menores de 1992, siendo la transformación más profunda en 54 años[10], pero no alteró temas esenciales, y fuertemente criticados, como la dependencia al Ejecutivo (por tanto su falta de independencia estructural); su composición multidisciplinar (a pesar de que todas las investigaciones realizadas sobre su funcionamiento demostraron la pobrísima aportación de los vocales –médico y educador- en los casos sujetos a su conocimiento); y, los problemas de competencia, en la que mezclaban asuntos de naturaleza social, de competencia de las autoridades administrativas, como temas "jurisdiccionales" propios de la administración de justicia.

Esta permanencia del modelo por tantos años podría ser explicada por una razón ideológica, la consideración jurídica de niños, niñas y adolescentes como objetos de protección y no como sujetos plenos de derechos (por lo tanto no titulares de las garantías mínimas reconocidas a todas las personas, por ejemplo el ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial); y, por una razón pragmática: los supuestos beneficios del servicio judicial de menores frente a los problemas del sistema de administración de justicia ordinario.

Desde este último aspecto (lo pragmático con profundas relaciones con lo ideológico), la inmovilidad se justificó desde una supuesta "eficiencia" de los Tribunales de Menores, imagen que se fortalecía por los serios e innegables problemas de la justicia ordinaria, los que se presentaban (y algunos sectores lo presentan) como consustanciales e inevitables[11] al funcionamiento de la administración de justicia.

Como se ha presentado en trabajos previos, las "ventajas" efectivas[12] del "servicio judicial de menores" eran resultado de las normas procesales, que impedían o limitaban las dilaciones indebidas, y no por su estructura o la dependencia de estos organismos al Ejecutivo. Hablamos de "supuesta" eficiencia ya que en la estadística de funcionamiento de los tribunales de menores se pudo determinar que la mayor parte de "casos" eran autorizaciones de salida del país no contenciosas, de igual forma las investigaciones sobre el tema demostraron la falsedad de esta afirmación[13]. Finalmente, los defensores de la "eficiencia" nunca discutían sobre las verdaderas consecuencias derivadas del accionar de estos tribunales, ya que no les importa-

ba el contenido y sentido de sus resoluciones sino la rapidez con las que estas se tomaban.

La reforma constitucional de 1998

El punto de ruptura con el modelo de administración de "justicia de menores" fue la reforma constitucional de 1998. Los cambios se impulsaron desde el movimiento nacional por los derechos de la infancia y adolescencia[14], el que incluyó entre sus propuestas de reforma a la Asamblea Nacional Constituyente la petición de que en la norma fundamental estableciera la necesidad de que niños, niñas y adolescentes cuenten con una justicia especializada al interior de la Función Judicial.

En la Asamblea se produjo un debate entre dos sectores, por un lado los sectores que promovían el cambio, y por otro, quienes defendían al modelo de justicia dependiente del Ejecutivo, estos últimos representados por los miembros del Servicio Judicial de Menores, en particular por los miembros de la Corte Nacional de Menores.

Finalmente, la Asamblea Nacional Constituyente se inclinó por el paso de la justicia especializada a la Función Judicial, esto en correspondencia al principio de "unidad jurisdiccional" introducido en el artículo 191 de la Constitución: "El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional".

Esta disposición se completó con dos normas, la del artículo 51 que estableció la existencia de una justicia especializada al interior de la Función Judicial y, la transitoria Vigésimo sexta en la que se desarrolló el principio.

Esta transitoria establece que "Todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial y, mientras las leyes no dispongan algo distinto, se someterán a sus propias leyes orgánicas. Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de **menores**. Si otros funcionarios públicos tuvieren entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial..."(el resaltado es nuestro). En esta disposición se encargó al Consejo Nacional de la Judicatura que presente al Congreso las leyes para que este principio se ejecute.

Esta disposición, además, aseguró la estabilidad del personal administrativo que al momento de la expedición de la Constitución se encontraba laborando en las "...cortes, tribunales y juzgados militares, de policía y de menores".

Dos proyectos se presentaron con la finalidad de concretar esta disposición, el del Consejo Nacional de la Judicatura[15] (que en términos generales mantenía la estructura del servicio judicial de menores pero al interior de la Función Judicial), y el proyecto de CNA, que contemplaba un tratamiento más amplio y coherente de la materia. Si bien, como vimos la transitoria vigésimo sexta de la Constitución estableció que el Consejo Nacional de la Judicatura debía presentar al Congreso Nacional los proyectos que modifiquen las leyes pertinentes para que la disposición sobre unidad jurisdiccional se cumpla, esta no privó al Congreso de su competencia para discutir, modificar, alterar, archivar, etc., los proyectos sometidos a su conocimiento, como lo establece los artículos 150 y siguientes de la norma fundamental, por lo que el Congreso resolvió tratar el proyecto del Consejo de manera conjunta con el del CNA.

Al igual que en la Asamblea Constituyente, el proceso de aprobación del CNA en el Congreso, estuvo marcado por la permanente oposición de los miembros del servicio judicial de menores al mismo. Si bien no lograron impedir la aprobación de una nueva ley, su presión logró que se modifiquen ciertas disposiciones del proyecto que han tenido un impacto importante en la implantación y funcionamiento de las reformas aprobadas.

La Justicia Especializada en el CNA

La reforma introducida por el CNA en lo referente a la justicia especializada es total, modificando tres aspectos sustanciales de la misma, dependencia, composición y competencia. Esta es la más importante transformación institucional referida a la infancia y su atención en los últimos 60 años, ya que reorganiza de manera total la institucionalidad pública encargada de proteger y garantizar sus derechos.

Una primera consideración, que nos permite entender su nuevo rol, es que la justicia especializada forma parte del sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y adolescencia (en adelante SNDPINA), al que se lo define en la ley como el "...conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan; controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos; sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes..."[16]. En el SNDPINA, la justicia especializada es uno los organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos[17] (al igual que las juntas cantonales de protección de derechos, la Defensoría del Pueblo, las defensorías comunitarias y la policía especializada)[18], por tanto cumple un rol específico que no incluye el desarrollo de medidas de protección o la determinación de políticas públicas, superando de esta manera la visión, que se tenía de los tribunales de menores, como co-responsables de solucionar problemas de naturaleza social, los que requieren de acciones específicas a cargo de la Función Ejecutiva.

Esta idea de que la justicia no tiene responsabilidad en la solución de problemas sociales necesita ser matizada. Los jueces contribuyen a la protección y garantía de derechos, pero no pueden solucionar con su accionar las violaciones a los derechos derivadas de la ausencia de políticas públicas o de la ineficiencia en estas políticas. Las decisiones de los jueces se dirigen a que otros actores, individuales e institucionales, actúen o se abstengan de hacerlo. El rol asignado a la administración de justicia, en una sociedad democrática, tiene que ver con la solución de conflictos entre particulares, o entre estos y el estado, conflictos que pueden surgir, ya sea de acciones abusivas o violado-

ras de derechos o de omisiones en el cumplimiento de sus funciones.

El CNA dispone que la justicia especializada es competente para el "...conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes reglados (en el) CNA"[19]. La competencia de los jueces de niñez y adolescencia cubre dos ámbitos: a) protección y garantía de derechos; y, b) juzgamiento de adolescentes acusados de delitos.

Esta división la hacemos en función de la situación que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en relación a sus derechos o a los derechos de terceros. En el caso de protección y garantía de derechos la situación que acciona el funcionamiento del sistema es que el niño, niña o adolescente se encuentra en una situación de violación o amenaza de violación a sus derechos, es decir tiene la calidad de víctima (o al menos de supuesta víctima), sea de un derecho individual o un colectivo o difuso. En el caso de los adolescentes acusados de infracciones ellos se encuentran ante el sistema porque se alega que su comportamiento es ilícito en términos de una norma de naturaleza penal, y por tanto se considera que se ha causado un daño a terceros o al Estado, es decir en este caso el adolescente eventualmente puede ser un víctimario.

a) Protección y garantía de derechos

En al ámbito de protección y garantía de derechos también podemos diferenciar dos grandes áreas de acción de los jueces de la niñez y adolescencia, la primera ligada a las relaciones de familia, y por tanto al derecho de familia; y, la ligada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Hacemos esta diferenciación por considerar que los temas de familia son parte de una serie de materias en las que se privilegia las relaciones paterno-filiales, y en general aunque en algunos casos se dirigen a proteger otros derechos (por ejemplo la declaración judicial de paternidad o maternidad protege el derecho a la identidad, la suspensión o privación de la patria potestad puede derivarse de violaciones al derecho a la integridad, etc.), el núcleo central es asegurar las relaciones familiares o el cumplimiento de los derechos y obligaciones que nacen de esta relación.

Derecho de Familia

Estas materias de competencia de los jueces se encuentran contenidas esencialmente, pero no exclusivamente[20], en el Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, nos referimos a: patria potestad, decisiones sobre su ejercicio, suspensión, limitación privación o perdida, autorizaciones de salida del país, declaración de adoptabilidad, tutela; tenencia, derecho de visitas; derecho de alimentos, derecho a la mujer embarazada a alimentos; declaración de maternidad o paternidad[21]; y, adopción.

En algunos de estos temas se mantiene una doble jurisdicción, ya que los jueces de lo civil[22] son competentes para conocer varias de estas materias, por ejemplo tutelas, declaración judicial de paternidad y maternidad, maternidad disputada, tenencia y alimentos (dentro de los juicios de divorcio), etc.

b) Protección y garantía de derechos

Los jueces de la niñez y adolescencia son competentes para resolver sobre medidas administrativas de protección de derechos[23], apelación e incumplimiento de las medidas administrativas resueltas por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos; y, tienen competencia exclusiva para resolver sobre las medidas judiciales de protección de derechos que son el acogimiento familiar e institucional (otra medida de esta naturaleza es la adopción que se encuentra contenida en el Libro Segundo); Acción Judicial de Protección de Derechos.

Los jueces de la niñez también son competentes para: conocer de las infracciones a los derechos,y la aplicación de multas, a los miembros de los concejos cantonales de derechos y de las juntas cantonales de protección de derechos de su respectiva jurisdicción; para ordenar investigaciones – por parte de la policía o de la oficina técnica de la niñez y adolescencia- orientadas a ubicar a los niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar, presuntamente perdidos, desaparecidos o plagiados; e, identificar y ubicar los lugares de residencia del padre, la madre o parientes desaparecidos del niño, niña o adolescente; resolver la reinserción del niño, niña o adolescente en su familia; autorizar la divulgación de información reservada sobre el niño, niña o adolescente; y, ordenar allanamientos de los lugares donde se sospeche la existencia de una violación a los derechos.

Juzgamiento de adolescentes acusados de delitos

El artículo 262 establece que, dentro de sus respectivas circunscripciones territoriales, el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la responsabilidad del adolescente infractor le corresponde a los jueces de la niñez y adolescencia, lo que incluye: decretar medidas cautelares de orden personal y patrimonial; determinación de responsabilidad civil derivada de los delitos; promover, aprobar y resolver los acuerdos conciliatorios; proponer y aprobar la suspensión del proceso a prueba; conceder la remisión; aprobar el juzgamiento de los adolescentes cuando considere que existe meritos suficientes en la instrucción del Procurador de Adolescentes y, juzgar a los adolescentes acusados de delitos y contravenciones, además, de ser el competente para imponer, controlar, modificar o sustituir las medidas socio-educativas.

Como veremos en las conclusiones, el hecho de que el mismo juez sea el competente para conocer la instrucción fiscal y resolver que existen méritos suficientes para que el adolescente sea llamado a juicio, así como ser el que posteriormente juzgue al adolescente llamado a juicio es una seria limitación a la independencia del juzgador, ya que es poco probable que un juez que consideró que existían méritos suficientes para llamar a juicio a un adolescente, posteriormente pueda determinar su inocencia, la tendencia será confirmar, mediante la posterior determinación de responsabilidad del adolescente, las razones de haber aceptado el llamamiento a juicio solicitada por el Procurador de Adolescentes.

Composición de la justicia especializada

En términos del artículo 259 del Código de la Niñez y Adolescencia, el órgano principal de la justicia especializada son los juzgados, unipersonalesm de la niñez y adolescencia, pero deberíamos añadir que forman parte las salas correspondientes de las cortes superiores y la sala (o salas) competentes de la Corte Suprema de Justicia, ya que como establece la ley es posible apelar de las decisiones de los jueces o casar ciertas sentencias o autos ante la Corte Suprema de Justicia.

En primera instancia la competencia tanto para protección, como para juzgamiento de adolescentes acusados de delitos, les corresponde a los jueces de niñez y adolescencia, los que por decisión del Consejo Nacional de la Judicatura tienen competencia cantonal.

De acuerdo al artículo 261, del Código de la Niñez y Adolescencia, en los cantones donde no existen jueces de la niñez el competente para resolver sobre la responsabilidad del adolescente infractor son los jueces penales. En los temas de protección el Consejo Nacional de la Judicatura aplicando las transitorias Segunda y Séptima del Código de la Niñez y Adolescencia resolvió que en aquellos cantones donde no existan jueces de la niñez la competencia para conocer los asuntos que les corresponda pasará a los jueces de lo civil (excepción de los temas de responsabilidad penal)[24].

Como órgano auxiliar de la Administración de Justicia, el Código estableció que en cada distrito judicial debe funcionar una Oficina Técnica[25], que se integra por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia. Esta oficina tiene a su cargo la práctica de los exámenes técnicos que ordenen los Jueces de Niñez y Adolescencia. El Código a estos informes les da el mismo valor de un informe pericial, por lo que puede ser impugnado, revisado, etc. Los integrantes de esta Oficina, de acuerdo a la ley, deben ser seleccionados mediante concurso de oposición y merecimientos y están sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa de acuerdo al artículo 260 del Código de la Niñez y Adolescencia[26].

En materia de responsabilidad penal juvenil se establece la existencia de "Procuradores de Adolescentes Infractores"[27] quienes son competentes para llevar adelante la instrucción de los procesos en que aparezca comprometida la responsabilidad de un adolescente, en especial tienen a su cargo: dirigir la instrucción fiscal contando con el adolescente; decidir si se justifica el ejercicio de la acción penal según el mérito de su investigación; procurar la conciliación y decidir la remisión o proponer formas anticipadas de terminación del proceso en los casos en que procedan; brindar protección a las víctimas, testigos y peritos del proceso;y, dirigir la investigación de la policía especializada en los casos que instruye.

Estos procuradores son nombrados por el Ministerio Fiscal, previo concurso de méritos y oposición, quienes, además de cumplir con los requisitos establecidos en la ley para los fiscales, deben demostrar que se han especializado o capacitado en los temas relativos a los derechos de la niñez y adolescencia.

Se establece la existencia de defensores públicos especializados de Niñez y Adolescencia, quienes deben ejercer la defensa legal del adolescente en todas las etapas del proceso referido a la determinación de responsabilidad penal juvenil, pero estos defensores son dependientes de la Defensoría Pública Nacional[28].

La competencia en segunda instancia le corresponde a las salas especializadas de las cortes superiores, de acuerdo a la Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura publicado en el R.O. 188 de 13 de octubre del 2003.

Además, el Código de la Niñez y Adolescencia admite la casación contra el auto resolutorio de segunda instancia, pero esta debe ser hecha por las causales, con las formalidades y el trámite contemplados en la Ley de Casación[29], por tanto este recurso únicamente procede, de acuerdo al artículo 2 de la Ley de Casación, "...contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo" (el subrayado es nuestro).

En nuestra opinión, con estos requisitos, cuatro son los temas susceptibles de casación: la declaratoria de adoptabilidad, declaración judicial de paternidad derivada del juicio de alimentos, la sentencia de adopción y la declaración de responsabilidad penal derivada del juzgamiento de responsabilidad penal de acuerdo al Libro IV (obviamente esto es de competencia de las salas de lo penal de la Corte Suprema).

Para la sustanciación de este recurso son competentes las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto la Resolución 284-03 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia luego de realizar varias consideraciones sobre la naturaleza social de los asuntos que involucran a los niños, niñas y adolescentes y citando el artículo 7 del Código Civil y doctrina nacional y extranjera concluye, en un caso de rebaja de la pensión alimenticia, que "... al haber perdido competencia para conocer los asuntos puntualizados en el artículo 271 del Código de la Niñez y Adolescencia **SE INHIBE DE CONOCER LA PRESENTE CAUSA** disponiéndose se remita el proceso a la Oficialía Mayor para que sea sorteada entre las Salas especializadas de lo Laboral y Social de esta Corte Suprema" (resaltado en el original).

El fallo tiene consideraciones muy importantes que ameritan un análisis más profundo, pero respecto a las de lo Civil tiene algunas implicaciones no contempladas. Una de ellas es la posible perdida de competencia de estas salas para tratar los temas derivados de las acciones del estado civil en los que estén involucrados a niños, niñas y adolescentes, por ejemplo en los casos de declaración judicial de paternidad o de impugnación de paternidad (en las que la Primera Sala de lo Civil ha hecho importantes contribuciones). Otro elemento que llama la atención de la resolución es la falta de consideración en la resolución de la inaplicabilidad de la Casación a un incidente de aumento de la pensión de alimentos que no cumple con los requisitos de la Ley de Casación (el monto de la pensión puede ser revisado en cualquier momento si las circunstancias que llevaron a la determinación del monto cambian).

Principios en la actuación de la justicia especializada

El Código de la Niñez y Adolescencia establece una serie de principios específicos (estos además de los contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales) que rigen la actuación de la administración de justicia.

El artículo 191 establece los siguientes principios, generales, aplicables a los jueces y procuradores: legalidad, economía procesal, motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional, eficiencia y eficacia[30].

En los artículos 256 y 257 se establecen los "principios rectores" específicos que rigen la actuación de la administración de justicia especializada: humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia, inviolabilidad de la defensa, contradicción, impugnación, inmediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 11 y 258, en todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, debe velar porque se respete el interés superior del niño[31], niña o adolescente y se debe escuchar su opinión (artículo 60).

El tema de la eficiencia es asumida plenamente por Código por lo que se establecen varias normas dirigidas a asegurar un rápido despacho de las causas en los que estén involucrados niños, niñas y adolescentes, además de establecer sanciones por el retardo en las causas. A manera de ejemplo, para el proceso contencioso tipo (el procedimiento para todas las materias del Libro Segundo y las medidas judiciales de protección) el Código establece que en primera instancia el procedimiento contencioso tipo no podrá durar más de cincuenta días de término contados desde la citación con la demanda en primera instancia; ni más de veinticinco días desde la recepción del proceso, tanto en segunda instancia como en el caso de casación.

Se establece, en el artículo 282, que en caso de incumplimiento de estos términos, el Consejo Nacional de la Judicatura sancionará al Juez y a cada uno de los Ministros Jueces de la Sala correspondiente, con multa de veinte dólares por cada día hábil o fracción de día de retraso. Adicionalmente el artículo 254 se establece una multa de tres dólares por cada día de retraso en el cumplimiento de los plazos de sustanciación de los otros procedimientos, es decir responsabilidad penal juvenil, autorización de salida, incumplimiento de medidas administrativas, acción judicial de protección y conocimiento de medidas administrativas de protección.

Principio de Supletoriedad

El artículo 3 establece el principio de "supletoriedad general" formulado en los siguientes términos: "En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia". El artículos 283 establece una supletoriedad "específica" del Código de Procedimiento Civil y a la Ley de Casación para el procedimiento contencioso general. Parecería también que en el tema de responsabilidad penal juvenil el Código de Procedimiento Penal es la ley supletoria por la regla de supletoriedad general, además de la referencia contenida en el artículo 334 sobre las clases de acción existentes en ésta materia.

El principio de interpretación y aplicación más favorable de los derechos

Este principio se encuentra establecido en el artículo 18 de la Constitución y 14 del Código de la Niñez y Adolescencia, por este los administradores de justicia y los miembros de las juntas locales no pueden alegar falta o insuficiencia de ley o procedimiento para violar o desconocer derechos o garantías reconocidos.

Este principio se encuentra formulado en los siguientes términos en la Constitución "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", en el Código de la Niñez y Adolescencia el principio se encuentra formulado de la siguiente manera: "Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes..."

A manera de conclusión

Es innegable el avance que supone el Código de la Niñez y Adolescencia en el tema de la administración de justicia, sin embargo una serie de decisiones legislativas y administrativas, equivocadas en nuestra opinión, han generado una serie de problemas en la implantación del nuevo sistema.

La primera equivocación nació en el Congreso, espacio en el que por presión político-gremial resolvió que todos las personas que formaban parte del Servicio Judicial de Menores pasen a la Función Judicial sin ninguna evaluación. En particular, y el de impacto más grave, es que los presidentes de los tribunales de menores se convirtieron en jueces de la niñez y adolescencia; los vocales médicos y educadores, así como las trabajadoras sociales, pasaron a formar parte de las "Oficinas Técnicas".

En el caso de los miembros abogados de las cortes distritales, la transitoria primera del Código ordenó su paso a la Función Judicial, pero no estableció en que funciones, sin embargo el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución, los ubicó como magistrados de las respectivas cortes superiores (Quito, Guayaquil, Cuenca).

Decimos que esta es una equivocación, ya que al margen de ciertos casos individuales y por tanto específicos, los operadores del antiguo sistema tenían resistencias ideológicas al nuevo Código de la Niñez y a los principios que propugna, especialmente los vinculados a la doctrina de la protección integral, lo que les ha hecho aplicar de manera equivocada preceptos de la Ley, o tener un a actitud abiertamente hostil a la legislación vigente.

Adicionalmente, estos funcionarios no fueron adecuadamente capacitados en los contenidos sustantivos de la nueva legislación, y no recibieron ninguna capacitación en las habilidades requeridas a partir de los nuevos procedimientos, especialmente en lo referido al manejo de la oralidad, lo que ha hecho, sumado a problemas normativos y de infraestructura, que los plazos procesales no se cumplan y que existan inconvenientes serios en la administración de justicia

En los problemas normativos debemos referirnos a su vez a dos aspectos, el primero los vacíos en la ley, el segundo la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil. En cuanto a los vacíos legales, estos se provocaron en el afán del Congreso Nacional de reducir el número de artículos de la Ley, y ciertas incomprensiones sobre la misma, llevaron a que se elimine textos fundamentales en materia procesal lo que dio por resultado una dependencia mayor a otras normas jurídicas, no siempre compatibles con el Código. Esto da paso al segundo problema, la necesidad de usar el Código de Procedimiento Civil como norma supletoria, ya que esta Ley esta escrita y pensada para otro procedimiento, favoreciendo las formalidades por sobre las necesidades de garantizar la justicia, ya que permite una serie de dilaciones, siendo un instrumento favorable a los miembros de la profesión jurídica que consideran que la tarea principal de un abogado que cree que su cliente tiene la posibilidad de perder un juicio es demorar el proceso hasta el cansancio o intentar, a las puertas de su terminación, el encontrar una forma de que se dicte la nulidad del mismo, por omisiones que se provocaron al inicio, contando con alguna "ayuda" de funcionarios judiciales prestos a garantizar la "formalidad" del sistema más que la justicia.

En cuanto a la infraestructura, muchos de los jueces de niñez y adolescencia siguen funcionando en los mismos locales, y con los mismos recursos, que tenían cuando eran tribunales de menores, por tanto en condiciones y con equipos inadecuados para las nuevas tareas asignadas, sin embargo consideramos que esta no es la razón principal para su mal funcionamiento.

Una decisión acertada del Consejo de la Judicatura fue el determinar que los jueces de la niñez tengan competencia cantonal, y que en los cantones que no existan estos, la competencia de las materias de protección la tendrán los jueces de lo civil. Esto ha permitido que por primera vez desde el año 1938 exista una posibilidad de un mayor acceso a la justicia en esta materia, ya que (hasta el 2003) existían solamente 31 tribunales de menores concentrados en 20 ciudades del país. De hecho, una vez que se dio el paso de los tribunales de menores a la Función Judicial se han creado varios juzgados especializados.

En lo que se refiere a responsabilidad penal juvenil consideramos que existe un problema muy serio del diseño legal, ya que el Código establece que es el mismo juez que conoce la petición de llamado a juicio por parte del Procurador de Adolescentes (instrucción acusatoria), es posteriormente el competente para el juzgamiento del adolescente. Creemos que el contacto del juez con el caso, al conocer y resolver sobre la instrucción del Procurador, le hace perder imparcialidad para conocer el mismo, como se dijo antes es muy poco probable que un juez que aceptó las razones del procurador para llamar a juicio a un adolescentes posteriormente lo absuelva en el juicio. Lo más conveniente sería que se de una competencia cruzada, es decir en los lugares donde existe más de un juez de la niñez, sea jueces distintos los que conozcan de la instrucción fiscal y posteriormente juzguen al adolescente; y en los lugares dónde hay un solo juez de la niñez, sea el juez penal el que conozca en la fase de instrucción el caso.

Otro tema en lo que se refiere a la responsabilidad penal juvenil es el de los "Procuradores de Adolescentes" que han sido creados en un número muy limitado, diez y seis, además, a pesar de que cumplen tareas similares a los fiscales reciben salarios menores, a lo que debemos sumar el eufemismo de llamarlos "procuradores de adolescentes" a un fiscal especializado.

Para terminar nos parece, que a pesar de los problemas señalados, este es el cambio más significativo en el tema en los últimos años, además de ser la primera ley que da efectividad al principio de unidad jurisdiccional y a la disposición sobre la oralidad de los procesos, para que la transformación tenga un impacto real en el mejoramiento de la protección judicial a los derechos es necesario que se tomen una serie de correctivos que incluyen, entre otras, reformas legales, asignación de recursos suficientes, capacitación, etc., ya que una reforma de la complejidad de la introducida no puede funcionar si los responsables de las instituciones a cargo no asumen plenamente las exigencias que las mismas plantean.

En nuestra opinión la acción inmediata que debería desarrollar el Consejo Nacional de la Judicatura es someter a todos los jueces y funcionarios de los juzgados de la niñez y adolescencia (así como a los ex – integrantes de las cortes distritales de menores) a una rigurosa y permanente evaluación, la que debería permitir en un primer momento el desarrollo de intensivos programas de capacitación, y en una segunda instancia, la separación de aquellos funcionarios que demuestren no ser competentes para esta importante responsabilidad.

Notas

1 Ley No. 100, publicada en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 y vigente desde el 3 de julio de ese mismo año

2 Como lo ha descrito Emilio García Méndez este proceso se inicio en la Argentina en 1919 y terminó en Venezuela en 1939.

3 La doctrina de la situación irregular proveía a los tribunales de menores de una competencia omnímoda y discrecional; patologizando situaciones de origen estructural, criminalizando la pobreza, disponiendo el internamiento de niños exclusivamente por motivos vinculados a la mera carencia de recursos materiales; consideraba la infancia como objeto de protección y negaba a los menores de edad los principios básicos y elementales del derecho; incluso, como se ha dicho antes, de aquéllos contemplados en la propia Constitución como derechos de todos los habitantes.

4 Presidente de la Comisión Redactora del Código de Menores de 1938

5 Emilio Uzcategui. El Niño en la Legislación ecuatoriana. Editorial "Casa de la Cultura Ecuatoriana". Quito. 1955. Segunda edición ampliada y actualizada.

6 En 1944 se les da competencia para resolver sobre la prestación de alimentos para menores de edad. En lo referido a trabajo de menores, adopción, patria potestad y tenencia la competencia se establece en el Código de Menores de 1969. En este año se reformó la composición multidisciplinar de la justicia de menores y se estableció la existencia de "jueces de menores". En el Código de Menores de 1976 se reinstauraron los tribunales de menores y se les asignó la competencia para resolver sobre "ayuda prenatal" y la competencia para "autorizar o negar... la salida fuera del país de un menor o de una mujer en preñez". En el Código de 1992 se establece el procedimiento para la autorización de salida del país.

7 En el Código de 1938 la apelación de las decisiones de los tribunales de menores se presentaba al Consejo Nacional de Menores, organismo conformado por 7 vocales y presidido por el Ministro de Previsión Social. Apenas en la codificación del Código de Menores de 1944 se introduce la Corte Nacional de Menores, dependiente del Ministerio de Previsión Social, como órgano de apelación de las decisiones de los tribunales de menores. En 1992 se crean las cortes distritales de menores para conocer la apelación de las decisiones de los tribunales de menores.

8 De hecho los miembros de la Corte Nacional de Menores (tres jueces abogados) con la incorporación de un vocal médico y un educador se transformaban en Corte Distrital de Menores de Quito.

9 En 1992 desapareció como órgano auxiliar del "Servicio Judicial de Menores" la "Supervisión General de los tribunales de menores" a quien le correspondía como funciones principales vigilar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley; conoce e informar, a la Corte Nacional de Menores, de los reclamos en contra de los tribunales; absolver las consultas que los tribunales le realicen, etc.

10 Dos temas fueron esenciales en esta reforma, el establecimiento de la Corte Nacional de Menores como órgano de supervisión y control del "servicio judicial" y la creación de "cortes distritales" como órganos de apelación con sede en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca.

11 Si bien el análisis de este tema supera el objetivo de este artículo, no podemos dejar de señalar que creemos que el sistema de justicia en el Ecuador, en términos generales, se organiza desde una lógica perteneciente al siglo XIX, en el que las formalidades –sin sentido en la era de la tecnología- representan a las garantías judiciales; así como el modelo de organización del trabajo, y la actuación de las partes, no se dirige a la producción de la información de la mejor calidad para que los jueces puedan resolver los casos sujetos a su conocimiento; las leyes procesales parten desde la "lógica de la desconfianza" respecto a la actuación de los jueces, etc.

12 Básicamente el tiempo de resolución de las causas.

13 Alberto Wray. "La Observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia de Menores". Projusticia. 1998.

14 Este es un espacio diverso, constituido por una serie de instituciones que promueven el respeto de los derechos de la infancia, su principal vocero es el Foro Nacional de la Infancia y Adolescencia, aunque en el proceso de la Asamblea se sumaron entidades como el INNFA, UNICEF, ProJusticia, etc.

15 Oficio No. 21-429 del 11 de noviembre de 1999.

16 Art. 190 Código de la Niñez y Adolescencia.

17 El artículo 192 del CNA

18 Los otros dos niveles de organismos son: los de definición, planificación, control y evaluación de políticas; y, los de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos.

19 Art. 255

20 Decimos que no exclusivamente porque es posible que el incumplimiento de las obligaciones familiares o las acciones violatorias de adolescentes en contra de derechos de terceros –incluidos sus progenitores- o de sus propios derechos, que no sean considerados delitos po-

drían ser tratados por medio de la acción administrativa de protección de derechos.

21 Derivado del juicio de alimentos.

22 Mientras no se establezcan los jueces de familia.

23 La competencia en esta materia es compartida con las Juntas Cantonales de Protección de Derechos.

24 Consejo Nacional de la Judicatura "Instructivo para el Funcionamiento de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia". Registro Oficial N. 153 de 22 de agosto del 2003.

25 Art. 262.

26 En clara contradicción con esta disposición la transitoria quinta del Código de la Niñez y Adolescencia somete al personal de las Oficinas Técnicas, que provienen de los antiguos tribunales de menores, a la Ley Orgánica de la Función Judicial.

27 Art. 336.

28 Establecida por norma constitucional, pero hasta el momento no se ha creado.

29 A excepción del término para que el recurso de casación sea resuelto que se encuentra expresamente establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia.

30 Otro principios contenidos en el artículo 191 son: la participación social, la descentralización y desconcentración de sus acciones y la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.

31 "El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.
Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.
Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.
El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla".

El Ecuador y el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos: una mirada crítica a la conducta estatal

Alejandro Ponce Villacís

Introducción

El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos tiene su origen en 1948 cuando en Bogotá se adopta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Si bien dicho instrumento careció en su inicio de fuerza vinculante en la actualidad es plenamente exigible[1]. Posteriormente, en 1959 durante la Quinta Reunión de Cancilleres de los Estados Americanos se estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si bien en un inicio no tuvo como mandato la protección de los derechos humanos en casos individuales, desde inicio de los 60 la Comisión empezó a recibir denuncias por violaciones a los derechos humanos, por ello, en 1965[2] fue autorizada de manera expresa a conocer las denuncias sobre casos individuales.

Adicionalmente, la Comisión desde el inicio de su mandato realizó investigaciones y visitas a los Estados miembros de la OEA con el fin de conocer sobre la situación de los derechos humanos en los mismos.[3]

En 1969, durante la Conferencia Especializada sobre Derechos se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la que se introdujo el sistema de protección individual de los derechos humanos a través tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana. En el caso de la primera, la Convención le autorizó a recibir peticiones individuales que contengan violaciones a los derechos humanos garantizados en la Convención. En virtud de dicho instrumento, cualquier persona o grupo de personas u organizaciones establecidas legalmente en cualquiera de los Estados miembros de la OEA pueden presentar dichas denuncias.

Por otra parte, el Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la Organización de Estados Americanos reconoció a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como uno de los órganos de la Organización. No obstante también se reconoce su independencia en cuanto al ejercicio de sus funciones frente a la Organización.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también dispone el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual tiene competencia tanto para resolver casos de carácter contencioso que le sean sometidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por los Estados.[4] La Convención adicionalmente establece que para reconocer la competencia de la Corte se requiere de un sometimiento expreso a ella.

De conformidad con las disposiciones de la Convención Americana, ésta entró en vigencia al depositarse la undécima ratificación, lo cual ocurrió el 18 de julio de 1978 al depositar Grenada la ratificación.

El Ecuador fue signatario original de la Convención el 22 de noviembre de 1969[5] y realizó el depósito de ratificación el 28 de diciembre de 1977[6], durante la dictadura militar del Consejo Supremo de Gobierno. Posteriormente, el 13 de agosto de 1984 el Ecuador reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente a la Convención Americana, el Ecuador dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha ratificado los siguientes instrumentos:

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales;
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte;
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura:
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer;
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad;

Por otra parte, es importante reconocer que el Ecuador, en materia de Derechos Humanos dentro del Sistema Interamericano, únicamente no ha suscrito ni ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

De igual manera, debo señalar que dentro del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos los ecuatorianos Gonzalo Escudero y Julio Prado Vallejo han sido miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El primero de ellos ejerció dicha función entre 1960 y 1968, es decir en los primeros ocho años de existencia de la Comisión. El doctor Prado Vallejo ejerció las mis-

mas funciones entre enero de 2000 y diciembre de 2003. El único ecuatoriano que ha sido designado como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el doctor Hernán Salgado Pesantez, quien ejerció dicha magistratura por doce años desde 1992. Cabe destacar que dos abogados ecuatorianos han recibido la beca Rómulo Gallegos y en consecuencia han realizado pasantías cubiertas por tal beca durante un año cada uno en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ellos son Xavier Mena Vásconez y Juan Pablo Albán.

Desde 1959 hasta la actualidad el uso del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos frente a violaciones a los derechos humanos, ocurridas en Ecuador, ha sido relativamente limitado. Conforme se detalla a continuación existen en mi criterio dos períodos claramente diferenciados, el primero comprendido entre 1959 y 1993 y el segundo a partir de 1994 y la presente fecha. Conforme lo analizo más adelante, la conducta estatal ha sido variable y en buena parte esta ha respondido tanto a factores políticos como a la propia formación jurídica[7] de los encargados del manejo de casos y temas de derechos humanos vinculados con el sistema.

Los primeros 25 años

De la investigación realizada[8] se ha podido determinar que en los primeros años de existencia de la Comisión, no se habrían presentado casos en contra del Ecuador. No obstante, la primera información sobre casos ecuatorianos se remonta al informe de la CIDH de 1970. Alí se determina que existen dos casos en trámite en contra del Ecuador. Posteriormente, en el informe de 1971, se indica en uno de los anexos que en el vigésimo quinto período de sesiones se recibieron tres comunicaciones de Ecuador que constituyeron tres casos concretos. Sin embargo, no existen datos adicionales sobre tales casos.

Por otra parte, en el Informe de 1972, se menciona al caso No. 1696 de 17 de noviembre de 1970, dicho caso contiene denuncias sobre violación a los derechos a la vida, libertad y seguridades personas, y protección contra la detención arbitraria. Según la información existente, la CIDH solicitó información al Gobierno del Ecuador, el mismo que contestó informando sobre "la iniciación de procesos por parte de las autoridades nacionales para averiguar sobre los autores, cómplices y encubridores de los tales hechos contra la persona y bienes del reclamante"[9]. Luego de esto, el reclamante desistió de la denuncia al mismo tiempo que formuló críticas la CIDH.[10] Si bien la Comisión insistió al Gobierno en la presentación de información adicional, no se ha logrado determinar ningún avance ulterior en el caso.

Posteriormente, en el Informe Anual de 1974, se menciona al caso 1776 el mismo que se relaciona con la denuncia de la detención de Abdón Calderón Muñoz, Manuel Araujo Hidalgo y Francisco Huerta Montalvo.[11] De acuerdo con la información publicada dichas personas fueron detenidas sin contar con orden judicial y ninguna autoridad se hizo responsable de tales hechos. Si bien la CIDH transmitió al gobierno del Ecuador la denuncia y solicitó información sobre los hechos denunciados, el Gobierno del Ecuador solicitó una prórroga de ciento ochenta días para presentar las observaciones. La Comisión, de conformidad con el Reglamento le concedió, al Gobierno un plazo adicional de ciento veinte días. Posteriormente el Gobierno volvió a solicitar una prórroga que le fue igualmente concedida[12].

En el Informe Anual de 1975, la Comisión señala sobre el caso 1776 lo siguiente "Nuevamente el Gobierno del Ecuador, en nota de 18 de febrero de 1975 se dirigió a la CIDH reiterando la información preliminar dada en la nota de 25 de octubre de 1974, citada, según la cual el señor Abdón Calderón Muñoz había sido puesto en libertad a mediados de octubre de 1973. Además informó que para "diciembre del mismo año no había ningún preso político en el país"[13]. En vista de que el reclamante no realizó ninguna observación adicional a la información presentada por el Gobierno, la Comisión archivó el caso.

Al analizar la conducta del Estado en relación con el caso del Ec. Abdón Calderón Muñoz, resulta obvio que el Estado buscó, con bastante eficacia, evitar que la Comisión reconozca las violaciones existentes y quizás algo aún más grave que era la persecución política iniciada en contra del líder del Frente Radical Alfarista. En este contexto, es importante recordar que esta persecución iniciada por la dictadura del gobierno Nacionalista Revolucionario continuó durante el régimen del Consejo Supremo de Gobierno y concluyó con el asesinato del Ec. Calderón Muñoz, precisamente auspiciado desde el Ministerio de Gobierno. La conducta evasiva del gobierno frente a los pedidos de la Comisión tuvo como objeto evadir tanto la responsabilidad internacional como el continuar con los actos de persecución política.

En el Informe de 1975, se menciona también el caso 1930, el mismo que fue presentado por el Dr. Julio Prado Vallejo[14], en dicho caso se denunció "allanamiento del periódico "El Tiempo", de Quito; prohibición de dictar sus clases en la Universidad Central del Ecuador, orden de prisión y posterior arresto domiciliario." Frente a tales denuncias el Estado sostuvo al contestar "que el Gobierno del Ecuador, en fecha 18 de julio de 1975 había revocado la orden de detención emanada de la autoridad competente que pesaba contra el Dr. Prado Vallejo y que, en cuanto a la parte de la denuncia referente al allanamiento del periódico "El Tiempo", de Quito, 'la prensa nacional se ha desenvuelto y se desenvuelve al amparo de las más irrestrictas libertades', por lo que el caso denunciado no configuraba, en modo alguno, violación de los derechos humanos"[15]. Pese a que los hechos denunciados constituían claramente violaciones a los derechos humanos, al amparo de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión resolvió "archivar este caso sin perjuicio de las informaciones u observaciones que pudiera presentar el reclamante".[16]

Si bien la defensa del Estado, al igual que en otros caso, fue evasiva y al mismo tiempo reconoció la existencia de los hechos denunciados, su defensa fue efectiva pues obtuvo el archivo del caso. En mi criterio, tal respuesta de la Comisión muy probablemente respondió a factores políticos más que elementos jurídicos, propios de la debilidad del sistema en aquella época.

Posteriormente, en 1979, es decir al retorno a la democracia, el Ecuador presentó un informe ante la Comisión en el que destaca el compromiso del Estado con los Derechos Humanos. Además, de manera interesante, reconoce que "en el campo internacional el Gobierno del Ecuador hace especial mención de la propuesta aprobada por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países andinos el 15 de mayo de 1979, de un Código de conducta que contiene varias ponencias encaminadas a la protección de los derechos humanos en los países del grupo andino".[17] De igual manera, en el Informe de 1982, se señala que el Ecuador a afirmado "que ha tomado las medidas necesarias para agilizar el proceso de administración de justicia, a fin de que los juicios pendientes lleguen a término en un plazo razonable y por reestructurar el régimen carcelario a fin de que constituya un instrumento de regeneración y readaptación de los reos"[18]. De esta manera quince años antes de que se dicte una sentencia de la Corte Interamericana, el Estado reconoció de manera expresa los problemas que existían y aún existen en la administración de justicia en el Ecuador y que a la vez constituye causa directa de graves violaciones a los derechos humanos en nuestro país.

Lastimosamente el Ecuador no realizó ningún pronunciamiento adicional. Sin embargo, en el Informe de la CIDH de 1989 aparece publicado el informe del caso de Pablo Proaño, Fabricio Proaño y Guadalupe Chirboga quienes denunciaron su la violación al derecho a la integridad personal. El Estado al momento de pronunciarse sobre las violaciones señaló que los hechos denunciados eran falsos y de manera concreta se sostuvo "que no es raro que se formulen esta clase de afirmaciones, sin ningún fundamento, con el deliberado propósito de lesionar la reputación de la Policía Nacional y además, como práctica inveterada de los miembros del grupo terrorista 'Alfaro Vive, Carajo', cuando caen en manos de la justicia a fin de convertirse de acusados en acusadores."[19] Además el Estado señaló que los informes médicos que habían sido presentados por los denunciantes carecían de valor por no haber sido emitidos por un médico legista.[20] No obstante las alegaciones del Estado la Comisión consideró que:

"las informaciones suministradas por el Gobierno del Ecuador con respecto a Fabricio Proaño y Guadalupe Chiriboga resultan totalmente insuficientes, toda vez que se limitan a informar sobre el proceso seguido por los delitos de asalto y robo cometidos por ellos, lo cual no desvirtúa lo aseverado en la denuncia acerca de las torturas y malos tratos a que fueron sometidos"[21]

Por ello, la Comisión resolvió "Declarar que el Gobierno del Ecuador ha violado el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de las acciones de sus agentes que condujeron a la aplicación de tortures y malos tratos a la señorita Guadalupe Chiriboga y al señor Fabricio Proaño"[22] Si embargo, determinó que no se había probado la tortura del seño Pablo Proaño por lo que se abstuvo de declarar tal violación.

La conducta del Estado en este caso, como lo hizo en el caso Suárez Rosero que se describe más adelante, estuvo dirigida a negar y desconocer la existencia de violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, tal actitud evasiva del Estado únicamente condujo a generar aún más interés en el caso y definitivamente condujo a que se declare la violación. Además resulta interesante la manera en la que el Estado cambia claramente su política hacia el sistema en comparación con su abierto reconocimiento de las deficiencias existentes que realizó en 1982.

Si bien no existen otros casos publicados, con anterioridad a 1994, es importante señalar que dentro de este primer período, sí existieron otros caso denunciados, los cuales fueron resueltos con posterioridad a 1994. Por ello, he resuelto analizar la conducta estatal, en relación con dichos casos, en la siguiente sección.

El segundo período: 1994-2005

Conforme lo había señalado, el segundo período se inicia en 1994.[23] En efecto, en enero de 1994 se realizó una audiencia de condiciones generales sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador con énfasis en el sistema penitenciario y el la administración de justicia penal.[24] Durante la audiencia los expositores[25] describimos la realidad tanto del sistema penitenciario, que en aquella época mantenía al 75% de tal población detenida bajo la figura de prisión preventiva y muchas de tales personas con períodos de detención que alcanzaban hasta los cinco años sin haber obtenido una sentencia. Durante la audiencia se expresó la profunda preocupación que existía pues en este contexto el Ecuador no había cumplido con las obligaciones internacionales en materia de protección a la integridad personal, debido proceso y protección judicial. De igual manera, se solicitó que la Comisión que realice, por primera vez, una visita *in loco* al Ecuador con el fin de que investigue sobre la situación carcelaria en nuestro país.

Al concluir la intervención de los denunciantes, intervino el Embajador del Ecuador ante la Organización de los Estados Americanos, quien durante su exposición sostuvo que el "desolador" panorama descrito por los denunciantes no se compadecía con la realidad ecuatoriana. De hecho afirmó que el "Ecuador es una isla de paz" y que la Comisión no debía "perder el tiempo" en investigar al Ecuador, más aún cuando lo denunciado provenía de "estudiantes" que "desconocían la realidad ecuatoriana". Así mismo, negó la posibilidad de que se realice una visita *in loco* al Ecuador.

Esta conducta estatal, que evidentemente estaba dirigida a ocultar la realidad de nuestros Centros de Rehabilitación Social derivada de las deficientes estructuras del sistema judicial, lejos de disuadir a la Comisión de intervenir llamó la atención hacia nuestro país. De hecho, pude conocer que la Comisión tuvo la intención de solicitar la anuencia[26] para que se realice la visita *in loco*, sin embargo el entonces Director de Derechos Humanos y Asuntos Humanitarios del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador y el propio Canciller consideraron adecuado el extender la invitación a la Comisión, contra el criterio de su Embajador. La visita[27] se realizó en noviembre de 1994 por invitación del Gobierno Ecuatoriano.

Es importante que se conozca, que en la misma época en que se presentó la denuncia por el sistema penitenciario

y judicial en el Ecuador, el Sierra Club Legal Defense Fund había presentado también una denuncia sobre la situación del pueblo Huaorani y las graves violaciones que se habían dado en contra de tal pueblo como consecuencia de la explotación petrolera en las provincias del Oriente Ecuatoriano. Al igual que en el caso de las cárceles se había solicitado una visita *in loco*[28].

El mismo día en que se realizó la audiencia, se presentaron tres denuncias individuales por violaciones a los derechos humanos de tres personas detenidas en el Ecuador.[29] En el contexto de la denuncia de condiciones generales relacionada con el sistema penitenciario ecuatoriano, el 24 de febrero de 1994 se presentó ante la Comisión la denuncia por las violaciones a los derechos humanos del ciudadano Rafael Iván Suárez Rosero,[30] quien fue detenido el 23 de junio de 1992, como consecuencia de la denominada "Operación Ciclón"[31]. En dicha denuncia[32] se alegó la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, protección judicial y a los deberes generales de protección de los derechos y obligación de adoptar medidas de carácter interno para garantizar los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al iniciarse la tramitación del caso Suárez y dar contestación el Gobierno ecuatoriano, en agosto de 1994, este se limitó a sostener que durante la detención del señor Suárez Rosero no se había violado de manera alguna el derecho a la integridad personal y que en consecuencia no existían violaciones a sus derechos humanos.[33] En dicha contestación, nada se dijo sobre los otros hechos denunciados y las violaciones a los demás derechos. Con ello, se marcaba una tónica que se mantuvo en todo el caso, esto es el silencio. En efecto, durante la audiencia realizada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en septiembre de 1994, el delegado del Gobierno Ecuatoriano acudió con la única instrucción de "escuchar los argumentos y no realizar pronunciamiento oficial". De igual manera, cuando la Comisión se colocó a disposición de las partes[34] para llegar a una solución amistosa, el Estado guardó nuevamente silencio.[35]

Conforme se señaló anteriormente, en noviembre de 1994, la CIDH realizó una visita *in loco* al Ecuador. Al concluir la visita, la Comisión emitió un comunicado de prensa en el que señaló:

"La Comisión está plenamente consciente de los problemas derivados de los ajustes estructurales que producen tensiones sociales. Por otra parte, altos funcionarios del Gobierno informaron a la Comisión sobre el problema que padece la sociedad ecuatoriana como consecuencia del narcotráfico. Virtualmente todas las personas que dialogaron con la Comisión, inclusive funcionarios del Gobierno y miembros del Poder Judicial, consideraron que el desempeño de los tribunales judiciales constituye, por sí mismo, un grave problema y es a su vez la causa de otros problemas que inciden en la aplicación de la Convención Americana.

Durante las visitas a los centros penitenciarios la Comisión pudo constatar que existe, en la mayoría de ellos, un número de internos muy superior a la capacidad con que cuentan esos centros. La Cárcel de Mujeres de Guayaquil, por ejemplo, posee capacidad para 80 internas y en la actualidad se encuentran alojadas 209 internas, además de 70 niños que permanecen encerrados con sus respectivas madres ante la imposibilidad de ser custodiados por otros familiares."[36]

Ante tales pronunciamientos de la Comisión las autoridades judiciales ecuatorianas reaccionaron negando la veracidad de las conclusiones a las que llegó la Comisión durante su visita. Así, de esta manera se establecía la idea de que el Ecuador como Estado debía negar la existencia de cualquier práctica violatoria o inclusive el sostener como tesis la legitimidad de las violaciones.[37] Evidentemente, esta conducta heredada de las prácticas de la década de 1970, que pudo en aquella época resultar eficaz, simplemente conduce a atraer mayor atención sobre la situación de los derechos en el Ecuador.

Si bien el impacto que tuvo la visita de la Comisión, se materializó de manera formal en la emisión de un Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Ecuador, el mayor impacto se dio en cuanto a la difusión del Sistema Interamericano y la posibilidad de obtener la protección de los derechos humanos a través de este sistema. De hecho, durante la visita *in loco* la CIDH receptó muchas denuncias por violaciones a los derechos humanos. Una de dichas denuncias fue la presentada por la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos a favor de Rigoberto Acosta Calderón, cuyo caso se encuentra en la actualidad en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En virtud de lo señalado, considero que la conducta tanto de nuestro representante diplomático ante la OEA como la propia conducta de los funcionarios locales, que procuraron ocultar la verdad sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador, resultó a la larga beneficiosa pues generó una mayor "curiosidad internacional" sobre el Ecuador. Además permitió que la visita de la CIDH sirva como medio para difundir la existencia del mecanismo internacional de protección. Así, los efectos producidos por la conducta estatal fueron los opuestos a aquellos que buscaron nuestros representantes.

El 30 de noviembre de 1994, se presentó el caso de los hermanos Restrepo Arismendi[38] quienes fueron víctimas de desaparición forzada de personas durante el gobierno del Ing. León Febres Cordero.[39]

Para 1995, la Comisión ya tramitaba varias decenas de casos en contra del Ecuador[40]. Entre tales casos se encontraba el caso denominado de "Los 11 del Putumayo", por ello, en septiembre de 1995 la Comisión mantuvo una audiencia en relación con este caso. Durante la misma, el Estado a través del funcionario de la Embajada del Ecuador ante la OEA, a más de alegar que no se habían agotado los recursos de la jurisdicción interna, sostuvo que se trataba de "guerrilleros" que habían atacado a miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional causando la muerte de once personas. Por ello, se sostuvo que dichas personas no debían ser protegidas por la Comisión. Así de esta manera, el Estado oficialmente sostenía la tesis de justificar las violaciones a los derechos humanos en función de los delitos atribuidos a las víctimas de las violaciones alegadas. En otras palabras se sostenía que "los delincuentes no son titulares de derechos humanos".

Durante el período de sesiones de la CIDH, realizado en Septiembre de 1995, la Comisión aprobó el Informe 11/95 sobre el caso del señor Rafael Iván Suárez Rosero y luego de reconocer la existencia de las violaciones alegadas en la petición inicial recomendó al Estado que:

a. adopte las medidas necesarias para su liberación sin perjuicio de la continuación de su juicio;
b. adopte las medidas efectivas que garanticen el procesamiento completo y expedito en este caso, y las medidas necesarias para asegurar que estas violaciones no se reiteren en el futuro;
c. inicie sin demora una investigación completa para determinar la responsabilidad por las violaciones en este caso;
d. conceda al Sr. Suárez una reparación por los daños sufridos; y
e. adopte las medidas necesarias para enmendar el artículo 114 (sic) del Código Penal a efectos de cumplir con la Convención Americana y dar efecto pleno al derecho a la libertad personal.[41]

Además, la Comisión concedió al Estado el plazo de 60 días para dar cumplimiento a las recomendaciones sobre dicho informe y le anunció que en caso de que estas no se cumplieren, la Comisión demandaría al Estado ante la Corte Interamericana como consecuencia de las violaciones en contra del señor Suárez Rosero.

El Estado no dio cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión. Por ello, el 22 de diciembre de 1995 la Comisión presentó la demanda ante la Corte[42] en contra de Ecuador. En dicha demanda la Comisión solicitó a la Corte que declare que "hubo violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención"[43]. Además la Comisión solicitó que la Corte Declare "que el Ecuador violó el artículo 2 de la Convención, por no haber adoptado las disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivos los derechos mencionados"[44].

Una vez notificado el Estado[45] y a petición del mismo se le concedió un plazo adicional para contestar la demanda y proponer excepciones preliminares.[46] Por ello, dio contestación a la demanda el Estado ratificó su tesis en el sentido de negar los derechos humanos a quienes éste considera como infractores de la Ley[47] pues en su contestación solicitó que:

"se rechace la demanda y se ordene su archivo, más aún cuando ha quedado fehacientemente demostrado que el señor Suárez Rosero participó como encubridor en un delito tan grave que atenta no solamente contra la paz y seguridad del Estado ecuatoriano, sino, particular y especialmente, contra la salud de su pueblo."[48]

Así, el Estado pretendió justificar, bajo una clara doctrina de seguridad nacional, las violaciones a los derechos humanos del señor Suárez Rosero. Si bien tal línea de argumentación carece de sustento dentro del derecho internacional de los derechos humanos refleja en realidad dos cuestiones muy graves. La primera que el Estado en ningún caso negó los hechos que sirvieron de fundamento para la demanda de la Comisión, lo que en la práctica significaba un auspicio tácito, tolerancia y aceptación de tales prácticas violatorias. La segunda es la clara ignorancia, de los funcionarios públicos encargados de conducir la defensa del estado, sobre el alcance y deberes del Estado de conformidad con las obligaciones convencionales así como sobre el alcance mismo de las potestades jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La débil defensa del Estado y el erróneo enfoque de la misma condujo no sólo a que la Corte acepte la demanda propuesta por la Comisión, mediante sentencia de 12 de noviembre de 1997, y en consecuencia declare la existencia de las violaciones alegadas e inclusive ordene que se reformen leyes domésticas,[49] sino a que inclusive la Corte instruya[50] al Estado sobre el alcance de las potestades jurisdiccionales de la Corte, pues esta resolvió lo siguiente:

"...la Corte considera pertinente aclarar que el presente proceso no se refiere a la inocencia o culpabilidad del señor Suárez Rosero de los delitos que le ha imputado la justicia ecuatoriana. El deber de adoptar una decisión respecto de estos asuntos recae exclusivamente en los tribunales internos del Ecuador, pues esta Corte no es un tribunal penal ante el cual se pueda discutir la responsabilidad de un individuo por la comisión de delitos. Por tanto, la Corte considera que la inocencia o culpabilidad del señor Suárez Rosero es materia ajena al fondo del presente caso. Por lo expuesto, la Corte declara que la solicitud del Estado es improcedente y determinará las consecuencias jurídicas de los hechos que ha tenido por demostrados."[51]

Durante el Nonagésimo Período de Sesiones de la Comisión, mantenido en septiembre de 1995, la Comisión emitió también un informe en relación con el caso de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, en el que la Comisión además de reconocer la existencia de las violaciones denunciadas, anunció al Estado que en caso de no cumplirse con las recomendaciones de la CIDH, el caso sería sometido a la Corte. En este caso, a diferencia del caso Suárez Rosero, el Estado solicitó en diciembre de 1995 un prórroga para dar cumplimiento a las recomendaciones y por lo tanto reconoció además que esta prórroga significaba también una suspensión del plazo previsto para la presentación de una eventual demanda ante la Corte.

En vista de que el Estado no cumplió con las recomendaciones de la CIDH ésta presentó la demanda en contra del Ecuador ante la Corte. No obstante, dos años más tarde la familia de la víctima llegó a un acuerdo, al margen del trámite que se conducía ante la Corte e inclusive sin el conocimiento siquiera de la defensa, en el que el Estado Ecuatoriano reconoció la existencia de las violaciones a los derechos humanos y en consecuencia se obligó a pagar la suma de un millón de dólares en concepto de indemnizaciones. Así el Ecuador cambiaba su política de negar o justificar la existencia de violaciones a los derechos humanos y asumía un mayor compromiso, al menos en apariencia, con sus obligaciones internacionales frente a las violaciones a los derechos humanos. Cabe destacar, que este cambio de conducta se da inmediatamente después de que la Corte Interamericana dictara su sentencia de fondo en el caso Suárez Rosero.

En 1998, al igual que con el caso Benavides Cevallos, el Estado alcanzó arreglos amistosos en los casos de los hermanos Restrepo Arismendi y de "Los 11 del Putuma-

yo". En el primero, el Estado se comprometió al pago de dos millones de dólares, mientras que en el segundo se pagó una suma total de un millón cien mil dólares. En estos casos, adicionalmente al pago acordado el Estado se comprometió de manera general a sancionar a los responsables. De igual manera, en el caso de los hermanos Restrepo el Estado también se obligó a conducir las investigaciones necesarias para ubicar los restos de los adolescentes desaparecidos. Hasta le momento este objetivo no se ha cumplido. Constituyéndose así el Estado en un gran pagador y en incumplidor de las medidas destinadas a garantizar la no reiteración de los actos violatorios.

Conforme se indicó anteriormente, en el Informe Anual de la CIDH de 1995, aparece pubicado el Informe 10/95 correspondiente al caso de Manuel Stalin Bolaños. En la denuncia de dicho caso se señaló lo siguiente:

"El 14 de octubre de 1985, Infantes de Marina entraron a la casa de Elena Ortiz en la Isla Piedad Esmeraldas, donde estaban jugando naipes algunos jóvenes (alrededor de las 4:00 a.m.). Bajo el pretexto de revisar sus documentos personales, los marinos detuvieron a las siguientes personas: Manuel Stalin Bolaños Quiñónez, William España Ordóñez, Miguel Mosquera Betancur, Bonifacio Angulo Ordóñez. Los tres últimos fueron puestos en libertad al día siguiente. Ellos dijeron que los marinos los llevaron a (Puerto) Balao en Esmeraldas y allí los dividieron. A Manuel lo llevaron a otra parte y desde ese momento no tuvieron más noticias de él. Los familiares del señor Bolaños trataron de interponer recursos de *habeas corpus*, pero éstos fueron rechazados."[52]

Si bien en este caso el Gobierno del Ecuador no presentó una posición clara[53], pues simplemente se limitó a remitir documentación relativa a ciertos procesos internos, implícitamente no negó los hechos, pues en los documentos remitidos se reconoció que el señor Bolaños "falleció por causas desconocidas cuando miembros del servicio de inteligencia se disponían a interrogarlo".[54] Según la propia información del Estado bajo tales argumentos la justicia militar decidió sobreseer el caso.[55] El Ecuador no realizó ningún pronunciamiento sobre los efectos que tenía dicha providencia en el ámbito internacional. Así, de esta manera el Estado mantuvo una posición ambigua e indeterminada, lo cual condujo a que la Comisión afirme lo siguiente:

"La Comisión observa que, de la misma manera que el peso de la prueba recae en la obligación del Estado de presentar al detenido y la orden que justifica la detención en un caso de *habeas corpus*, cuando los agentes de un Estado han participado en una detención ilegal tras la cual muere uno de los detenidos, es responsabilidad del Estado demostrar las circunstancias precisas de la muerte. La responsabilidad recae sobre el Gobierno, muy obviamente, porque el Gobierno está en posesión del cadáver y de la información pertinente."[56]

Así, en este caso la Comisión determinó que el Ecuador "ha violado los artículos 4, 7, 8 y 25 de la Convención Americana y que no ha cumplido con la obligación que prescribe el artículo 1".[57]

En otro caso muy semejante al anterior el de Manuel García Franco[58], el Estado en una de sus primeras comunicaciones, de manera muy escueta señaló que "el Sr. García Franco fue detenido momentáneamente el 9 de abril de 1988 por sospechas de que fuera una de las personas que asaltaron (a la esposa del Teniente). No obstante, ese ciudadano fue liberado tres horas después porque no había proporcionado dato alguno para la investigación".[59] Sin embargo, no se pronunció de manera concreta sobre los hechos que se consideraban como violatorios de la Convención.

Posteriormente, en 1996, el Estado en una comunicación a la CIDH señaló lo siguiente:

"CASO MANUEL GARCÍA FRANCO: Detenido y hecho desaparecer desde el sábado 9 de abril de 1988 por el Oficial de la Marina Fausto López y un grupo presumiblemente de infantes de Marina.

1. El Tribunal Penal Primero de Guayas está tramitando el expediente penal No. 326-88, habiéndose emitido, como última medida judicial en el caso encaminada a establecer responsabilidades, el dictamen del Fiscal, Dr. Juan Ramos Machado, del 5 de mayo de 1992, por el que se acusa al Capitán de Fragata CPFG Fausto López Villegas como presunto autor del delito de detención arbitraria.
2. Desde esa fecha la causa ha quedado paralizada; pese al tiempo transcurrido la investigación no ha concluido."[60]

Así, de esta manera implícita el Ecuador reconoció la existencia de las violaciones alegadas por los peticionarios. En mi criterio, a partir de este caso la conducta estatal se modifica de manera notoria, pues tiende a reconocer en ciertos casos la existencia de las violaciones, con lo que abre la puertas para alcanzar arreglos amistosos. No obstante, los mismos no se cumplen de manera completa, pues, conforme lo describo más adelante, en muchos el Ecuador se ha limitado a indemnizar con pagos en dinero sin llegar a cumplir las demás obligaciones internacionales.

En el caso de Manuel García Franco, la Comisión declaro que "el Estado ecuatoriano faltó al cumplimiento de las obligaciones establecidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidos en ella, y por lo tanto es responsable de la violación de los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25."[61]

Por otra parte, en el Informe de la CIDH de 1998, aparecen publicados dos informes de fondo relativos a casos ecuatorianos, en los que la víctimas son Víctor Rosario Congo y Ruth Garcés Valladares. El primero de los casos se relaciona con las condiciones de detención el y posterior muerte de la víctima mientras se encontraba en poder del Estado. El segundo caso, al igual que en "Suárez Rosero", la víctima alegó la existencia de una detención arbitraria, tratos crueles e inhumanos y una prolongada detención bajo la figura de prisión preventiva, todo ello ocurrido dentro de la denominada "Operación Ciclón".

En el caso de Víctor Rosario Congo, el Estado mantuvo una posición ambivalente, pues no negó los hechos ocurridos, sin embargo desconoció la responsabilidad que tenía el Estado sobre los mismos. Inclusive, se afirmó que debido al "contexto socioeconómico..., le impide tener cárceles psiquiátricas o suficientes guías capacitados."[62] De esta manera, el Estado pretendió evadir su responsabi-

lidad internacional. Sin embargo, dicha defensa del Estado no fue reconocida por la Comisión, la misma que resolvió finalmente declarar que el Ecuador "violó los derechos y garantías a la vida (artículo 4); la integridad física, psíquica y moral (artículo 5(1) y 5(2); a la protección judicial (artículo 25), consagrados en la Convención Americana y con la obligación establecida en el artículo 1(1) de la misma." Por ello, resultó claro que la defensa del Estado resultó ineficaz, más aún cuando pretendió justificar las violaciones a los derechos humanos, las misma que son siempre injustificables.

En el caso de Ruth Garcés "el Estado presentó un informe preparado por la Policía Nacional donde se alega que no ha habido detención ilegal, y que se ha seguido juicio penal a la supuesta víctima con las garantías establecidas en la legislación ecuatoriana y la Convención. También aportó un oficio emitido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia donde se comenta que la demora en el despacho de las causas penales se debe al alto número de denuncias, indagaciones, participaciones de peritos y dilaciones creadas por los propios acusados con sus pedidos de amparo de libertad."[63] Sin embargo, el Estado no negó la existencia de los hechos considerados como violatorios[64] por lo que la defensa de manera implícita estuvo dirigida a que la Comisión dé a tales hechos consecuencias jurídicas distintas a aquellas pretendidas por la peticionaria.

Sin embargo, la Comisión no aceptó la posición del Estado y por el contrario declaró la existencia de las violaciones alegadas. No obstante, el Ecuador con posterioridad a la emisión del informe de la CIDH, alcanzó un acuerdo de cumplimiento de tal informe con la víctima. En el mismo, el Estado se obligó tanto al pago de una indemnización por la suma de US$73.000,oo como a investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos de Ruth Garcés Valladares. Pese al tiempo transcurrido, el Ecuador simplemente a cumplido con la primera de las obligaciones. Por ello, no cabe duda de que el Estado no tiene en realidad la voluntad política de sancionar a quienes le conducen hacia la responsabilidad internacional y menos aún cuando se trata de violaciones vinculadas con la lucha antinarcóticos.[65]

Conforme lo he señalado repetidamente, el Estado Ecuatoriano a partir del año 1998 empezó a suscribir acuerdos amistosos, dentro del marco del Sistema Interamericano, en los cuales ha venido aceptando la responsabilidad internacional por las violaciones a los derechos humanos. Así, en el Informe de la CIDH de 2000 aparecen publicados los primeros informes de arreglos amistosos relativos a Ecuador.[66] En dichos informes, consta que el Estado reconoce su responsabilidad internacional, por una parte, y por otra su compromiso tanto de indemnizar a las víctimas como de investigar y sancionar a los responsables. La segunda obligación no se ha cumplido en ninguno de los casos. De igual manera, el Estado Ecuatoriano asumió la obligación de iniciar las acciones por repetición en contra de los individuos responsables de las violaciones, sin embargo estas no se han iniciado bajo la falsa premisa de que no existe un procedimiento especial para ello.[67]

Un caso que merece análisis especial es el de Dayra Levoyer, [68] pues si bien comparte mucha similitudes con los casos Suárez Rosero, Garcés Valladades y Torres Cueva, el trato que ha recibido por parte del Estado ha sido muy distinto. En efecto, este es el único caso en el que el Ecuador se ha negado tanto a dar cumplimiento a la resolución de la Comisión como a llegar a un arreglo de cumplimiento. El argumento para tal conducta estatal es el mantener vínculos conyugales con una persona que ha sido condenado por delitos sancionados bajo la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psictrópicas.[69] Evidentemente tal trato discriminatorio es no sólo ilegal sino que además debería conducir al establecimiento de responsabilidades penales de los funcionarios.

En este caso, la Comisión no sólo determinó la existencia de las violaciones alegadas, sino que además determinó que la norma constitucional que confiere potestades judiciales constitucionales al alcalde para resolver los recursos de habeas corpus es contraria a la Convención Americana.[70] El Estado ecuatoriano no ha tomado ninguna medida para adecuar su legislación de tal manera que esta sea consistente con las disposiciones de la Convención.

Adicionalmente, a los casos que han sido mencionados, el Ecuador ha sido demandando ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los casos de Daniel Tibi y Rigoberto Acosta Calderón. Los dos casos se relacionan con violaciones a los derechos humanos en el marco de la lucha antinarcóticos. Si bien en el primero de ellos se ha dictado sentencia en contra del Ecuador[71] en el segundo aún se encuentra en las etapas finales del trámite ante la Corte. Por ello, y en vista de la similitud de los casos, estos serán objeto de un análisis detallado en un posterior artículo.[72]

Conclusión

Luego de realizar este breve análisis sobre la conducta estatal ecuatoriana frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, resulta sencillo concluir que el Estado no sólo ha sido incapaz de generar una política definida en materia de derechos humanos, sino que por el contrario esta ha sido errática, lo cual ha conducido no sólo al reconocimiento de la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, sino que además ha puesto de manifiesto la inexistencia de una verdadera voluntad estatal de proteger los derechos humanos aún cuando dicha protección, de acuerdo con la Constitución, es el "más alto deber del Estado".

Notas

1 Así lo resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-10 de 14 de julio de 1989.
2 Véase http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/cap.2.htm
3 Id.
4 Hasta el momento ningún Estado ha propuesto un caso ante la Corte frente a resoluciones de la Comisión.
5 De hecho al momento de la suscripción la delegación ecuatoriana realizó la siguiente declaración: "La Delegación del Ecuador tiene el honor de suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No cree necesario puntualizar reserva alguna, dejando a salvo, tan sólo, la facultad general contenida en la misma Convención, que deja a los gobiernos la libertad de ratificarla."
6 El Decreto por el cual se ratifica la Convención aparece publicado en el Registro Oficial 452 de 27 de octubre de 1977.
7 Esto responde en buena parte a la propia formación jurídica en la materia. De hecho en las Facultades de Jurisprudencia del País no se dictaban cursos sobre protección internacional de los derechos humanos al menos hasta 1993. Así el primer curso sobre la materia lo dictó el Dr. Ramiro Avila en la PUCE en el segundo semestre del año lectivo 1993-1994.
8 A través de la página de la CIDH en la preparación del Artículo y en la revisión del índice elaborado por el Prof. Richard Wilson se ha obtenido la información que se menciona, sin embargo no he tenido acceso a los archivos físicos para la preparación del Artículo. No obstante, en una investigación anterior realizada en el marco de un trabajo distinto no obtuve información adicional a la que aquí se presenta.
9 Informe Anual CIDH, 1972, secc. 6
10 Cfr. Id.
11 Informe Anual CIDH 1974, secc. 6
12 Id.
13 Informe CIDH 1975, secc. 7
14 Como se indicó antes fue más tarde miembro de la CIDH
15 Id. Informe CIDH 1975
16 Id.
17 Informe Anual CIDH 1979-1980, Capítulo IV.
18 Informe Anual CIDH 1981-1982, Capítulo IV.
19 Informe 14/89, CIDH, párr. 11
20 Id.
21 Id., párr. d)
22 Id. sección resolutiva párr. 1
23 No debo dejar de mencionar que en mi criterio, el avance y ampliación en la protección de los derechos humanos en Ecuador ante el Sistema Interamericano se debió en mucha medida al trabajo de muchos funcionarios de la Secretria Ejecutiva de la CIDH que reconocieron la gravedad de la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador, entre tales personas se encuentra Elizabeth Abi-Mershed abogada de la CIDH que en aquella época fue la abogada encargada de los casos de Ecuador.
24 La denuncia de condiciones generales fue presentada por el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH), la Clínica de Derechos Humanos del Washigton College of Law, American University y el Estudio Jurídico Quevedo & Ponce de Quito.
25 William C. Harrell, Frank LaRue y Alejandro Ponce Villacís
26 Esto lo conocí en una conversación durante una reunión mantenida el 27 de abril de 1994 con la entonces Secretaria Ejecutiva, Dra. Edith Márquez
27 Originalmente planificada para junio de 1994, se pospuso debido a que el Ecuador no remitió oficialmente la invitación que había sido confirmada por conversaciones directas entre la Cancillería y la CIDH. Esto conocí a través del Prof. Claudio Grossman quien a la fecha era miembro de la Comisión.
28 El autor mantuvo varias conversaciones y comunicaciones con el Sierra Club Legal Defense Fund durante el año 1994 con el fin de coordinar ciertas acciones comunes con el fin de lograr la visita de la CIDH al Ecuador.
29 Tres ciudadanos extranjeros que estuvieron de acuerdo en que sus casos sean puestos en conocimiento de la Comisión Interamericana.
30 Este caso más tarde llegaría a ser el primero que generó un demanda contra el Ecuador ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
31 Con la cual la Policía Nacional pretendió recuperar su deteriorado prestigio debido al escándalo derivado del caso de los hermanos Restrepo Arismendi.
32 Denuncia que fue preparada por el autor de este artículo bajo el auspicio del Center for Human Rights Legal Actino y con la ayuda de William C. Harrell.
33 La contestación fue elaborada por un miembro de la Policía Nacional del Ecuador.
34 Corte IDH, Sentencia Serie C No. 35, párr. 6, 7. La Corte Interamericana describió esta situación al señalar que "el 28 de septiembre de 1994 la Comisión se puso a disposición de

Notas

las partes para iniciar el procedimiento de arreglo amistoso previsto en el artículo 48.1.f de la Convención. 7. No habiéndose logrado un acuerdo amistoso..."

35 Id.

36 Comunicado de Prensa 24/94, CIDH, 11 de noviembre de 1994.

37 Sin embargo, pocos años más tarde (conforme se describe más adelante) el Ecuador cambia de política y empieza a aceptar la existencia de las violaciones por lo que resuelve indemnizar a las víctimas de las mismas.

38 Caso auspiciado por el International Human Rights Law Group, la Clínica de Derechos Humanos del Washigton College of Law, American University y Judith Kimmerly.

39 Este caso fue objeto de un arreglo amistoso.

40 Lo cual representaba un considerable avance, pues a mediados de 1994 el número total de casos contra Ecuador no llegaban a quince. Entre los casos anteriores a 1994, se encontraba el caso de la profesora Consuelo Benavides, originalmente presentado en 1989 ante la CIDH y que posteriormente llegó a la Corte IDH como el segundo caso ecuatoriano.

41 Informe CIDH 11/95 del caso 11.273 (Ecuador)

42 De conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, únicamente la Comisión y los Estados pueden proponer demandas ante la Corte Interamericana. A diferencia del Sistema Europeo (luego de las reformas introducidas por el Protocolo 11) en el sistema interamericano no existe *locus standi* para la víctima por la vía convencional. A través de reformas reglamentarias introducidas en el 2001 se ha garantizado parcialmente *locus standi*. Sin embargo, en 1995 la víctima no tenía representación directa. En aquella época la Comisión designaba como "asistentes" de la Comisión a los abogados de la víctima, por ello la Comisión designó a Richard Wilson, Alejandro Ponce Villacís, William Harrell y Karen Mussalo como sus asistentes.

43 Corte I.D.H., Serie C No. 35, párr. 1.

44 Id.

45 El 16 de enero de 1996.

46 Nunca las propuso.

47 Es importante reconocer que al señor Suárez se le dio el trato de delincuente aún cuando en dicha fecha no pesaba sobre él condena alguna y debía ser tratado como una persona inocente. Por ello, es posible afirmar que el juicio que en su contra se siguió fue una mera formalidad, pues él estuvo precondenado desde el inicio de su detención.

48 Corte I.D.H., Serie C No. 35, párr. 16

49 Lo cual constituye la principal contribución de la jurisprudencia en este caso, pues determinó sin lugar a dudas la existencia de la responsabilidad internacional objetiva en materia de derechos humanos aún en ausencia de víctima determinada.

50 Lo propio sucedió cuando el Estado pretendió que se presenten pruebas de manera extemporánea en octubre de 1996.

51 Corte I.D.H., Serie C No. 35, párr. 37

52 Informe 10/95, párr. 1, caso 10580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995

53 En algún punto trató de señalar que existía duplicidad de procedimientos, por hallarse elc aso en conocimiento de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sin embargo esta excepción no fue propuesta de manera clara.

54 Informe 10/95, párr. 6 b), que a su vez cita la sentencia dictada en el ámbito interno.

55 Id.

56 Id. Párr. 27

57 Id. Conclusiones párr. 4

58 Informe cIDH, 1997, Caso 10.258, Informe 1/97. En este caso los hechos, según el informe fueron los siguientes:

"Los peticionarios afirman que el 9 de abril de 1988 Manuel García Franco, entonces de 44 años de edad, fue desaparecido por la acción de dos oficiales navales y tres miembros de la Marina Militar de Ecuador. Señalan que fue secuestrado del vecindario de Ciudadela Bolivariana, en Guayaquil, retenido en la Base Naval San Eduardo, que fue torturado, y que presumiblemente falleció como resultado del tratamiento al que fue sometido. No fue visto ni se oyó de él desde su detención. Sostienen que aunque algunos de sus familiares procuraron información sobre su paradero e interpusieron los recursos judiciales pertinentes, esos intentos de determinar su suerte fueron en vano, porque las autoridades no investigaron ni tramitaron sus denuncias.

2. Los peticionarios sostienen, por ende, que la República de Ecuador (en adelante el "Estado" o "Ecuador") es responsable por omisión de respetar y garantizar los derechos y libertades protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme al artículo 1.1 de la Convención. Sostienen que agentes estatales secuestraron y detuvieron a Manuel García en forma ilegal y arbitraria, en violación del artículo 7; lo torturaron, en violación del artículo 5; lo privaron de acceso al *habeas corpus* y a la protección judicial, en violación de los artículos 7.6 y 25; le provocaron la muerte, en violación del artículo 4, y que

Notas

la omisión del Estado de investigar o tramitar las denuncias de los familiares del señor García Franco supone para ellos denegación de justicia en violación de los artículos 8 y 25."

59 Id. Párr. 15

60 Id. Párr. 36

61 Id. Párr. 84

62 Informe CIDH 1998, Caso 11.427, Informe 63/99, párr. 30

63 Informe CIDH 1997, Informe de Admisibilidad Caso 11.778, Informe 14/98. En este caso se determinaron, en este informe, como hechos los siguientes:

"6. Según consta en la información aportada por el peticionario y corroborada o no contestada por el Estado, Ruth Garcés Valladares fue detenida por la policía ecuatoriana el 22 de junio de 1992. El 28 de junio se le tomó declaración policial por primera vez, tras cinco días de incomunicación.

7. El 17 de julio de 1992 se remitió el correspondiente informe policial a la autoridad judicial. Finalmente, el 30 de noviembre de 1992 —tras cinco meses de detención— se levantó auto de cabeza de proceso en su contra, donde se la sindicó junto a otros inculpados, en tres procesos: enriquecimiento ilícito, testaferrismo y conversión de bienes. El Presidente de la Corte Superior de Quito dictó orden de prisión preventiva en su contra por los delitos de testaferrismo y conversión de bienes. Sin embargo, no dictó medida cautelar alguna en el proceso que se le siguió por enriquecimiento ilícito.

8. El 11 de noviembre de 1992, la supuesta víctima también fue procesada por conversión de bienes por el Juez Cuarto de lo Penal de Pichincha. Dicho proceso culminó el 31 de octubre de 1994 con una sentencia absolutoria en su favor. La sentencia fue elevada en consulta y confirmada por la Tercera Sala de la Corte Superior el 20 de mayo de 1996. Este tribunal, sin embargo, no hace expresa referencia en su sentencia al cargo de conversión de bienes sino a hechos relativos a la posible comisión del delito de lavado de dinero.

9. El 21 de abril de 1993, el Presidente de la Corte Superior revocó la orden de prisión en el proceso por testaferrismo. El 26 de marzo de 1996, la Primera Sala de la Corte Superior confirmó esta revocatoria.

10. El 30 de septiembre de 1996, Ruth Garcés Valladares fue sobreseída provisionalmente en el mismo auto que declaró abierta la fase del plenario del proceso por conversión de bienes abierto por el Presidente de la Corte Superior. Este sobreseimiento fue elevado en consulta a la Cuarta Sala. De la información recibida por la Comisión, aparentemente, el tribunal aun no ha evacuado la consulta.

11. El 22 de noviembre de 1996, Ruth Garcés Valladares fue también sobreseída en el proceso por enriquecimiento ilícito, por el cual no estaba sujeta a medida cautelar alguna. De la información recibida por la Comisión, aparentemente, la Cuarta Sala de la Corte Superior tampoco se ha expedido aún sobre la correspondiente consulta.

12. Después de casi seis años de prisión preventiva y de haber sido absuelta o sobreseída en los procesos que se le iniciaron, Ruth Garcés Valladares continúa detenida."

64 Id.

65 Debido indudablemente a la intervención de un gobierno extranjero.

66 Véase, Informe de la CIDH de 2000, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 abril 2001. Entre los informes publicados constan el de los hermanos Restrepo Arismendi y de los 11 del Putumayo (Juan Clímaco Cuellar y otros), a los cuales se ha hecho mención anteriormente. Además constan los informes de: Edison Quishpe Alcívar, Byron Cañaveral, Angelo Ruales Paredes, Manuel Lalvay Guamán, Carlos Juela Molina, Marcia Clavijo Tapia, Kelvin Torres Cueva, Lida Riera Rodríguez, René Cruz Pazmiño y José Reascos

67 Esto me lo han afirmado los abogados de la Procuraduría General del Estado. Evidentemente, ignoran que a falta de tramite especial, debería iniciarse las acciones en trámite ordinario según lo dispuesto en el Art. 63 del Código de Procedimiento Civil. Otra explicación sería la ausencia de una verdadera voluntad política para perseguir civilmente a los responsables de violaciones a los derechos humanos.

68 Informe CIDH de 2000, Caso 11.992, Informe 66/01

69 Esto fue expresado por la propia víctima durante una reunión que mantuvo la Dra. Martha Altolaguirre, Comisionada de la CIDH, con varios defensores de derechos humanos durante una visita que realizó a Ecuador. Adicionalmente, esto también se me dijo en una conversación con los abogados de la Procuraduría General del Estado.

70 Id. Informe 66/01, párr.81

71 Se aceptó la existencia de todas las violaciones alegadas y se impuso una indemnización cercana a los US$400.000.

72 Sin embargo, debe destacarse que en el caso de Rigoberto Acosta Calderón el Estado presentó la demanda tardíamente por lo que esta fue devuelta por la Corte. En consecuencia, no existió defensa del Estado en este caso concreto.

Los indicadores como metodología de la investigación científica aplicada a la justicia

Reinaldo Botero Bedoya

1. La democracia y los controles

Los mecanismos de control institucionales o no institucionales son de la esencia de la democracia representativa, participativa e incluyente. La democracia, por su carácter complejo, necesita para fortalecerse de mecanismos de control internos y externos al ejercicio del poder para poder evaluar, revisar y cambiar, si fuere necesario, el comportamiento de sus instituciones, de su sistema de gobierno, del sistema jurídico o de las políticas globales o sectoriales. Es decir, al modelo democrático le interesa la existencia de mecanismos de veeduría, control político y social y una contraloría pública que garantice la trasparencia del ejercicio del poder político.

Por el contrario, los modelos de gobierno despóticos o autoritarios rechazan los mecanismos de control, ya que son sistemas de gobierno simples que no requieren vigilancias, sino mecanismos de ocultamiento, medidas de seguridad para guardar los secretos del poder. El poder, bajo estas circunstancias, se oculta y tiende a privatizar lo público, lo que debería ser público se vuelve un secreto y se mimetiza cada espacio, cada ejercicio de las funciones públicas.

Los Estados contemporáneos, a partir del surgimiento de los parlamentos y congresos nacionales y más adelante con la creación de instituciones especiales de control interno, han ido fortaleciendo cada vez más los mecanismos de vigilancia, veeduría y control, interno y externo, de las funciones públicas. En un largo y hasta trágico desarrollo de la historia del poder, finalmente se entendió que era necesario revelar sus secretos a partir de experiencias políticas pluralistas, en las que el régimen político se vea obligado a respetar las disidencias, las criticas y la oposición a los gobernantes y sus políticas.

Sólo bajo esas reglas en la democracia actual, cualquier mecanismo de control puede funcionar, inclusive en beneficio del propio poder, pues la existencia de unos sólidos y bien garantizados mecanismos de control hacen que también el propio Estado y sus gobiernos dinamicen la política y le den sentido a lo público, legitimando sus actuaciones.

2. Los indicadores y medidores de la gestión pública

Todas las democracias cuentan con controles políticos que generalmente los cumple el poder legislativo. Igualmente existen controles sociales a partir de veedurías ciudadanas, unas formales y legales y otras no institucionales o informales. Pero, igualmente existen los llamados controles técnicos a cargo de instituciones especializadas, tales como las contralorías, ministerios y defensorías del pueblo.

Actualmente, todas esas formas de control han encontrado unas metodologías que observan el desempeño de la función pública. Esos métodos de evaluación se llaman indicadores de la gestión pública, que se concretan a partir de medidores de:

a) Frecuencia de la función pública: de cada función en particular y de un conjunto de funciones. Este indicador pretende observar el comportamiento de una determinada actividad de la función pública medida en fracciones de tiempo. Así por ejemplo, mide cuántas veces y en qué tiempo la función pública de la justicia penal satisface a los ciudadanos que han demandando ese servicio. En esa forma se sabe entonces, si todas las causas penales que llegan a los despachos judiciales en cierto período de tiempo son resueltas y cuál es el déficit de justicia en esa materia en ese determinado período de tiempo.

b) Copamiento de los espacios territoriales: mide la capacidad del Estado para hacer presencia real y efectiva en todo el territorio nacional. Este indicador ofrece una cartografía de la función pública y ubica territorialmente esa función, indicando dónde si tiene o no el Estado presencia y cual es el déficit existente.

c) Logísticas: indica el número de instituciones y medios con los que cuenta el Estado para realizar una oferta institucional en áreas concretas: justicia, educación, vivienda, cultura, entre otros. Este indicador arroja datos específicos sobre la capacidad real de cada una de las instituciones a través de las cuales se irradia el tejido estatal.

d) Balance entre la oferta y la demanda: indica el estado de cuentas entre las demandas ciudadanas de derecho

satisfechos contra las demandas insatisfechas. Volviendo a nuestro ejemplo anterior, este indicador dirá que si hubo una cierta cantidad de causas penales por homicidios violentos en un determinado período de tiempo, debe suponerse que el Estado a través de las instituciones encargadas de la investigación, sanción y vigilancia de la pena, han dado una cierta tasa de resultados favorables: número de causas investigadas, número de personas sancionadas y número de víctimas o familiares de víctimas indemnizadas (reparadas según los principios internacionales).

e) Presupuesto y calidad: indica los valores presupuestales que el Estado asigna en un determinado tiempo para satisfacer ciertas demandas. Igualmente, debe apreciar si el valor de un servicio estatal resulta siendo oneroso o no. En últimas, este indicador refleja el balance de cantidad (por asignación presupuestal y por costos) y contra la calidad (oportunidad del servicio, eficacia de la función y efectividad del derecho).

f) Controles: ofrece una información confiable sobre los mecanismos de control interno del Estado, su capacidad de respuesta, seguimiento y sanción a los responsables de las acciones u omisiones que en que se haya incurrido.

3. Modelos de indicadores

Existen dos clases de indicadores que se han desarrollado desde las ciencias económicas y sociales y que en no pocas oportunidades ha dado lugar a intensos debates entre los economistas, sociólogos y juristas. Se trata del *modelo lineal*, que se viene aplicando desde la segunda guerra mundial, pero en los últimos años.

Debido a su marcado énfasis en los datos económicos de la relación costo- beneficio de la función pública, entró en decadencia a finales de la década de los años ochentas.

En teoría económica, pero sobre todo en materia producción de bienes y servicios, cada función estatal fue definida a partir de unidades de producción, de donde cada unidad debía producir al menor costo posible. En esa lógica, se buscaba producir a bajo costo los bines públicos pero con mayor volumen productivo, sin importar la calidad del producto. Los beneficios, se entendían como la diferencia que resultaba entre los ingresos que generaba esa actividad y los costos en que había que incurrir para obtener ese resultado. Esa definición se resume en la siguiente ecuación: B (beneficio) = I (inversión) - C (costo).

Uno de los principales problemas de este modelo es que no revisaba la calidad del servicio sino en la cantidad. La ventaja que le ofrecía, y aún le ofrece, a los gobiernos este tipo de evaluación es que en esa forma pueden mostrar "volúmenes productivos" y un cierto eficientismo que, traducido en términos de derechos no satisface las necesidades de los ciudadanos. Adicionalmente, sobre todo en materia de políticas públicas encaminadas a disminuir las tasas de la criminalidad, los gobiernos empezaron a mostrar el indicador de la relación demanda de servicios contra oferta institucional, pretendiendo demostrar y justificar, en materia de políticas penales y represivas, la necesidad de tomar medidas drásticas contra el crimen. En esa lógica se justificaron los juicios de breve duración, largas penas y mayores facultades a las autoridades encargadas de la represión primaria del delito (policías, ejércitos y organismos de inteligencia y seguridad).

No obstante, el modelo lineal sigue siendo usado por los gobiernos y las instituciones de América Latina. La característica común de los informes públicos de los gobiernos de estos países pretenden mostrar tres cosas: que ha aumentado la demanda de derechos (y servicios) y que, por tanto, se necesitan mayores recursos para cubrir la demanda (lo cual se traduce en mayores impuestos) y que es necesario darle mayores facultades a las autoridades del poder ejecutivo. Si embargo, carecen de definiciones conceptuales sobre las verdaderas causas por las cuales el Estado no ha cumplido con sus obligaciones constitucionales y las que se derivan de los tratados internacionales; ni de las debilitadse institucionales para cumplir esas obligaciones; ni de las responsabilidades de sus funcionarios que por omisión no han cumplido con su deber. Finalmente, esos informes gubernamentales, así como los proyectos de presupuesto anual presentados para su aprobación al Congreso, no están basados en planes, programas y proyectos que surjan desde una planificación estratégica, ni indican los sectores de necesidades ni las instituciones que no pueden cumplir con sus obligaciones. Lo anterior quiere decir que no se establecen objetivos claros y precios, actividades a cumplir, instituciones responsables, misiones, procedimientos, logros esperados, metas de corto y largo plazo, capacidad de respuesta institucional a la demanda, análisis de las demandas anteriores que no fueron satisfechas y, sobre todo, no existen cronogramas que permitan establecer en retro y en perspectiva si los objetivos y metas se están cumpliendo.

No se descarta que toda esa información presupuestal y financiera sea importante para que la sociedad y los organismos de control se informen sobre el origen y la finalidad de los recursos públicos, pero lamentablemente no alcanza a ser una información que de confianza a los ciudadanos sobre el contenido de la gestión pública.

Debido a esas carencias, hacia la década de los años ochentas se empezaron sustituir los sistemas de control de cantidad por los de calidad. El primer punto de partida es el que se conoce como el *modelo de control de calidad*, que se encargó de definir varios conceptos, a partir no tanto de las categorías políticas sobre el origen y fines del Estado moderno, sino a partir de las responsabilidades del Estado en el marco de una globalización positiva.[1] En primer lugar, fue necesario pensar en el alcance de los compromisos que internacionalmente tienen los Estados cuando suscriben y ratifican los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados están obligados a hacer y a dejar de hacer u omitir. Son dos, pues, el tipo de obligaciones que tienen: activas y pasivas.

En cuanto a las obligaciones activas, los Estados parte de un tratado deben denunciar a otros Estados que incum-

plan los tratados internacionales; deben difundir el derecho (nacional e internacional) de los derechos humanos; reformar o adecuar sus instituciones o su sistema jurídico en orden a ajustarse a las normas internacionales (que en el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se conocen como medidas nacionales de aplicación de los tratados);[2] están obligados a investigar y sancionar a los responsables de haber cometido o dado la orden de cometer una cualquiera de las violaciones o infracciones a los tratados internacionales; a reparar a las víctimas de las violaciones y a mantener un régimen democrático capaz de poder garantiza y proteger los derechos fundamentales de los seres humanos.

En segundo lugar, los Estados tienen obligaciones pasivas que se refieren aquellas conductas que no pueden cometerse: violar los tratados, no hacer nada y permitir que sean violados o de omitir evitar las prácticas que pongan en riesgo la vigencia y acatamiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

En esta forma, se sustituyeron los sistemas de control de cantidad por los de calidad, es decir se modificó el modelo del eficientismo por el de la eficacia del derecho.[3]

En este sentido, se plantearon dos asuntos importantes: uno es el de la eficacia estatal del derecho, es decir, la legitimidad del régimen jurídico y político para cumplir y hacer cumplir el derecho y, otro, el de la deslegitimación social del derecho, es decir de aquellas situaciones en las cuales una sociedad o una comunidad va desconociendo el derecho por efecto de la desobediencia racionalmente colectiva o por efecto de los usos, costumbres y practicas van llevando a que una norma, siendo válida y vigente, no sea eficaz por falta de esa legitimidad o aceptación social necesaria para que sea demandable ante los tribunales.

El punto que nos interesa, es que los indicadores basados en la calidad de la gestión pública apuntan hacia un objetivo sintético de medición: la efectividad y no la eficiencia del derecho. Es decir nos referimos no a un derecho de masas abstractas, sino a un derecho de individuos, de comunidades, sociedades y conglomerados con derechos materiales.

En ese orden de ideas, los indicadores relacionados con la calidad de la gestión pretenden observar, analizar y criticar[4] no tanto si el derecho es reconocido en las normas sustanciales y procesales, sino si el aparato de usticia, en nuestro caso, responde a exigencias universalmente aceptadas, de manera tal que cumpla con los estándares de calidad de una democracia participativa: independencia del poder judicial; gratuidad de la justicia; respeto por las garantías del debido proceso legal, justo e imparcial, entre otras.

4. Características de los indicadores

a-. Obliga a los Estados a informar adecuadamente sobre los procedimientos y resultados de la gestión pública. Como generalmente la tendencia de las instituciones es la de no generar información pública o generarla de mala calidad, los indicadores obligan, si hay voluntad política para hacerlo, a modificar los procesos de producción de información. Este efecto está relacionado con el derecho que tienen los ciudadanos a estar informados sobre los asuntos públicos del Estado.

En el caso de Ecuador, es evidente que el derecho de acceso a la información está blindado por muchas normas de rango constitucional y legal que hacen que el Estado no pueda sustraerse de las obligaciones de: generar políticas públicas encaminadas a procesar y publicar información de calidad; a dotarse de políticas y planes para la protección de los derechos fundamentales y a dar a conocer una información. Los artículos 3, 16, 17-5,20, 22, 23–27 y 24-17, constituyen un marco normativo, para que el Estado, como garante y protector de los derechos fundamentales "(Adopte), mediante planes y programas permanentes y periódicos para el efectivo goce de estos derechos."[5]

Complementariamente, los artículos 81 y 94 de la Constitución Política de la República del Ecuador, contiene el derecho de acceso a la información a través o por la vía del ejercicio del derecho de petición, tanto en interés particular, como en interés general. Esas normas eran suficientes para que tal derecho se reconociera el derecho de petición de acceso a la información por vía judicial, sin embargo, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública del 18 de mayo de 2004, única en América Latina, desarrolló los derechos de petición y acceso a la información que tienen los ciudadanos.

Este derecho a la información, está reconocido en los siguientes instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano: artículos 8 y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículos IV, XVIII y XXIV de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos; Artículos 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Artículos 13, 14, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En 1993, la Conferencia mundial de Derechos Humanos llevada a cabo en Viena, los Estados partes se comprometieron a diseñar e implementar un Plan Nacional de Acción en Derecho Humanos. Aunque algunos Estados lo hicieron, sin embargo, varios de ellos convirtieron el Plan de DH en un tema de propaganda de política internacional para hacerle creer a la comunidad de Estados que si se estaban acatando los compromisos en la materia.

No! De lo que se trata es de tener políticas públicas estables y duraderas, sostenibles y mejorables y no de contar con informaciones vagas e imprecisas o con programas inverosímiles.

b-. Los indicadores permiten que se generen espacios de discusión sobre los asuntos públicos y, en tal sentido, son el mejor pretexto para debatir abiertamente los problemas que le interesan a la sociedad. Lo anterior supone la existencia de unas condiciones favorables para la discusión pública: tolerancia recíproca con la crítica, predisposición al cambio, a las reformas y una actitud incluyente.

Estos procesos de análisis y adecuación de lo público a las exigencias de la democracia, requieren la puesta en marcha de prácticas democráticas en las que se respeten las reglas de los hablantes y, ante todo, se permita la participación plena de las minorías.

c-. Así mismo, los indicadores son instrumentos de calificación sobre la buena o mala gestión de las instituciones

estatales. Por tanto, legitiman o deslegitiman la gestión, la avalan o la desconocen o, sencillamente, aprueban o reprueban la gestión de un funcionario, de una institución o de una política general del Estado.

Como quiera que los indicadores sólo son un método de investigación, también la investigación científica requiere de unas reglas éticas claras en esta materia. Los indicadores, como metodología de la investigación social y política, no deberían usarse carentes de una ética de la comunicación social y participativa[6] y, por tanto, corresponde a los analistas mantener una justa paridad de los cánones de la interpretación de los resultados de la gestión pública.

A ese respecto hay que hace una aclaración metodológica: aquellos indicadores que están basados en las encuestas y en los sondeos de opinión no reflejan objetivamente la realidad y, por lo tanto, sólo pueden ser tomados como marco de referencia para ambientar el análisis sobre el objeto de percepción (objeto cognoscible). Esta metodología, sin ser cuestionables, por definición es subjetiva. Sin embargo, cuando los indicadores se sustentan en fuentes directas (información escrita, documental y hablada del Estado) los soportes de confirmación producen mejores resultados, por lo menos, no son tan objetables.[7]

En consecuencia, los indicadores que se basan en fuentes objetivas tienen un mayor grado de credibilidad de aquellos que sólo se refieren a la percepción de un grupo de personas.

d-. Si la regla anterior funciona bien, los indicadores no pueden dejar de refelejar una ecuación de analogía: problema vs solución. La fase de análisis y síntesis de todo el proceso de investigación debe llevar a que se reflejen los avances institucionales, sus fortalezas, debilidades, carencias, potencialidades ocultas y posibles soluciones.

La regla es más sencilla: los indicadores deben resistir la apuesta para que otros indicadores no sean capaces de deslegitimarlos.

e-. Los indicadores indican y referencian) pero no pueden convertirse en una regla o fórmula universal, irrebatible y absoluta para interpretar la realidad. Lo que no quiere decir que, *a priori*, sus resultados sean relativos. Sólo que, son una guía objetiva de interpretación de la realidad a partir de un dato-cuestión que se formula sobre la realidad (problemática) y deben complementarse, para su análisis final, con otros elementos que conforman el objeto de conocimiento. Para ilustrar lo anterior citamos el siguiente ejemplo: Rusia, recientemente estudió a partir de indicadores de gestión los resultados de la policía en materia de represión contra el crimen urbano organizado (pandillas, pequeñas mafias, bandas de sicarios, etc) y los resultados fueron negativos, ya que la policía no había logrado disminuir los índices de la delincuencia común.

Pero, lo que los indicadores no reflejaban eran las fortalezas y éxitos de las políticas preventivas contra el crimen común organizado. Y, no reflejaba esa realidad porque nunca se preguntó por otras alternativas distintas a la represión primaria del delito.

5. La metodología de la investigación científica a través de los indicadores en términos de una justicia democrática

Para realizar una investigación científica aplicada a la justicia en un Estado democrático, social, participativo y de derecho no basta con tener instituciones capaces de reportar cierto grado de información y en ciertas condiciones y oportunidades. Es necesario contar con estándares que permitan soportar los indicadores a partir de contenidos, de valores constitucionales e internacionales y de fórmulas socialmente consensuales:

a-. Un Estado social, democrático y participativo de derecho. Nos referimos a una definición real de la democracia y no a una definición constitucional o formal. Una democracia real debe estar capacitada para asimilar las diferencias sociales y convertirlas en libertades y derechos aplicados.[8]

b-. Las funciones públicas deben estar distribuidas y diferenciadas. Esto supone una división de poderes con funciones precisas, independientes y autónomas pero vinculadas por relaciones coherentes con la función del Estado de derecho: la protección, garantía y respeto de los derechos de la persona humana.

c-. El poder se debe autocontrolar y tiene que ser controlado por la sociedad. En aplicación de este principio, el Estado debe contar con un sistema de controles internos entre y en cada una de las ramas del poder, de manera tal que todas sus funciones y funcionarios estén sometidos a la vigilancia interestatal y a la vigilancia ciudadana.

d-. Legalidad formal y material de a ley. Para medir la gestión, es igualmente importante que exista un sistema de reglas y normas de derecho coherentes y articuladas de manera que edifiquen una justicia racional, eficaz, efectiva y legítima. En ese sentido, supone la existente de un sistema normativo que haya sido producido por los órganos populares o legislativos competentes. Este principio, igualmente reconocido en la Constitución Política de Ecuador, aliado a los principios de legalidad y seguridad jurídica, supone unas reglas de competencia claras y precisas, de forma tal que las normas de derecho se originen con sujeción al principio de no injerencia e interferencia entre los distintos órganos en que se distribuye el poder político del Estado.

e-. Seguridad o certeza jurídica. Esta regla supone un sistema jurídico competente que adopte normas estables que le permita a los ciudadanos certeza y seguridad.

f. Se necesita de un sistema judicial independiente de otros órganos del poder público. Pero, además, que sea imparcial, equitativo, transparente, competente y eficaz.[9]

g-. Igualmente, requiere de normas y prácticas que respeten un debido proceso legal, justo e imparcial.[10]

h. Finalmente, que se respete el derecho de los ciudadanos de acceder a un recurso judicial sencillo, rápido y eficaz.[11]

Estas condiciones son indispensable para medir, como se dijo antes, el real desempeño de todas y cada una de las instituciones del Estado. Sin embargo, varias son las anotaciones que hay que hacer al respecto:

6. En conclusión

La realidad de cada país es diferente y, por tanto, todos los indicadores tienes que adecuarse a esas realidades y necesidades. Sin embargo, hay unas bases comunes que hay que tener en cuenta:

a-. Que la función del derecho no es la de hacer competente y competitivo al Estado en materia judicial, sino de hacer que cumpla el derecho participativo, incluyente y solidario.

b-. Ningún indicador, por más pretencioso que sea, va a reflejar fórmulas exacta de las soluciones que se necesitan ni va a formular respuestas o soluciones universales. Por el contrario, por el contrario, por ser una metodología de la investigación científica, necesita apoyarse en otras observaciones y afirmar sus proposiciones en postulados ponderables y relativos que permitan mirar objetivamente las aproximaciones al objeto de conocimiento.

c-. Los gobiernos o pueden seguir produciendo documentos que no alcanzan a ser políticas públicas evaluables, calificables o que sus resultados no sean medibles. La sociedad necesita fiscalizar y vigilar el desempeño y resultado final de la gestión estatal. Este ya no es un punto de discusión teórica en las ciencias políticas y jurídicas, es un derecho humano a estar informado sobre las realidades del poder.

d-. Como los indicadores son una metodología científica de las ciencias sociales y económicas, no puede despreciarse, en manera alguna, las posibilidades que tienen otras ciencias que aportar, desconocer o refrendar sus hipótesis.

Todas las variables que se manejen en materia de indicadores son, sin embargo, un cuestionamiento de la realidad o interrogantes que deben ser constatados por distintas fuentes, pero sobre todo, dependerá que sus resultados, dependan en mucho de la calidad de la información que ofrezcan los Estados. Por esa razón, no es la sociedad la que deba responder sobre la calidad de la información que surge, sino los gobiernos responsables de informar, y, en ese sentido, serán los resultados los que digan que puede estar pasando: si hay o no democracia, si hay o no autoritarismo, si hay o no secretos que guarda el poder público.

Ese es un tema que los indicadores, por si solos, van a reflejar.

Notas

1 Dos trabajos nos sirven de referencia para traducir las aspiraciones de una globalización positiva basada en el respeto de los todos los derechos de la persona humana, como contrapropuesta a los estragos producidos por la globalización neoliberal: Boaventura de Sousa Santos, Estado, derecho y luchas sociales, ILSA, Bogotá 1991 y Carlos Petit, Derecho privado y revolución burguesa, Marcial Pons, Madrid, 1990. Ambos textos, desde distintos puntos de vistá, nos remiten a una crítica de las aspiraciones globalizantes del derecho burgués y sus pretensiones de universalizarse en sentido negativo: omitiendo, censurando, clausurando y restringiendo derechos.

2 Tanto la Constitución Política de Ecuador en el artículo 18 como la de Colombia en el artículo 93, han establecido el sistema de aplicación inmediata de los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante la primera no reconoce el bloque de constitucionalidad específico como lo hace el derecho colombiano, que reconocer la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos y de derechos internacional humanitario respecto del orden jurídico interno. Sin embargo, es mucho más amplia y dinámica la forma como se integró el bloque de constitucionalidad en el derecho ecuatoriano ya que el artículo 163 estableció la supremacía de todos los tratados internacionales respecto del orden jurídico interno, sin distinción alguna. El artículo. 163, de la CP de Ecuador dice: "Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía."

3 Norberto Bobbio en Teoría General del derecho (página 23) establece la diferencia entre normas válidas, en tanto han sido dictadas por el órgano estatal competente y, en consecuencia, hacen parte del sistema jurídico, pero no por eso son eficaces. Si bien este es un tema mucho más complejo, basta por ahora con señalar dos cosas: una, que la falta de cumplimiento del derecho por parte de los ciudadanos deslegitima el derecho y, dos, que un derecho ilegítimo es inaplicable, es decir, no es efectivo. Pero igualmente, un Estado no legítimo es un Estado que no cuenta con condiciones para hacer cumplir la ley y, generalmente, también tiene la propensión al incumplimiento. Norberto Bobbio, Teoría general del derecho, Editorial Temis, 1994, páginas 23 a 30.

4 Nos referimos a la crítica en sentido lato: como la contradicción conceptual que tiene posibilidades de síntesis en el proceso discursivo y que no rechaza el contradictorio sino que lo incluye en la medida como su síntesis sea racional y contribuya a rehacer un discurso colectivo, incluyente y edificante.

5 Artículo 17 de la Constitución Política.

6 Adela Cortina lo define como una "razón" comunicativa y como responsabilidad solidaria de los hablantes en los procesos discursivos argumentativos que tienen por finalidad la búsqueda de consensos comunitarios. Adela Cortina, *Razón Comunicativa y responsabilidad solidaria*, Ediciones Sígueme, España, 1995, pág. 214.

7 A este respecto, en Ecuador se han realizado varios estudios basados en sondeos de opinión. Unos que tienen por finalidad mostrar la necesidad de establecer unos indicadores de justicia que logren hacer pública la gestión del servicio de la administración de justicia y mida

Notas

cualitativamente los resultados y otros que han intentando aproximaciones con la toma de muestras de percepciones nacionales o regionales que reflejan resultados de eficiencia del sistema judicial. No obstante no hay indicadores que consulten las fuentes primarias del Estado sobre el estado actual del arte en materia de justicia. Ver por ejemplo: *Estudio sobre la correlación entre la existencia de justicia y la consolidación de la democracia en el Ecuador,* Buscaglia Eduardo y otros, CLD, Quito, 2000; *Estudio Empírico sobre la condicionantes institucionales para la trasparencia en la justicia en el Ecuador,* Buscaglia Eduardo y otros, CLD, Quito 2000; Consejo Nacional de la Judicatura, *Cinco años de labores 1998-2003, Quito, 2003; La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador,* Fondo de Justicia y la Comisión de Implementación de la Reforma Procesal Penal, Financiado por el Fondo de Justicia y Sociedad, Fundación Esquel - USAID. De la misma manera, en relación con la justicia penal en Ecuador, El Centro de Estudios sobre justicia y participación, CEJIP, y Ciudadanía Ley y Desarrollo, CLD, realizaron conjuntamente el *"Plan Maestro de ajuste al sistema de justicia penal del Ecuador"* (2003).

8 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEFINE EL ESTADO (ART. 1) COMO UN SISTEMA CAPAZ DE FACILITAR Y PROMOVER LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA A TRAVÉS DE LA ELECCIÓN Y REPRESENTACIÓN, QUE NECESARIAMENTE DEBE DARSE A TRAVÉS DE MOVIMIENTOS SOCIALES Y PARTIDOS POLÍTICOS Y, POR TANTO, OFRECE LA POSIBILIDAD DE RESOLVER LAS DIFERENCIAS DE MANERA INCLUYENTE Y EN PERSPECTIVA.

9 Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, ONU, Resoluciones 40/32 y 40/46, de noviembre y diciembre de 1985, respectivamente.

10 Artículos 9,10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículos II, XVIII, XXV Y XXVI de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, Artículos 9, 10, 14, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 7, 8, 9 y 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

11 Artículos 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículos XVIII XXIV de la Declaración Americana sobre Derechos y deberes del Hombre, Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Artículos 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El juicio oral en materia laboral

Jorge V. Vásquez

De la competencia en materia laboral

La administración de justicia en el campo laboral, corresponde a los Jueces de Trabajo para atender los juicios individuales; y a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje para conocer y resolver los conflictos colectivos y reclamaciones suscitados entre las organizaciones sindicales y sus empleadores.

Los Jueces de Trabajo tienen jurisdicción provincial, Art. 577 del C.T. Las Cortes Superiores con jurisdicción igualmente provincial, tienen competencia laboral por recurso de apelación que llegan a su conocimiento deben resolver los juicios individuales, y la Corte Suprema de Justicia por recurso de casación propuestos estos juicios llegan a conocimiento de

Del sistema procesal laboral anterior

Nuestra legislación siguiendo la tradición escrita de los procesos españoles, determinaba que los juicios civiles debían tramitarse por la vía verbal sumaria, y al asomar la legislación del trabajo también se asimiló y aplicó el mismo sistema, de manera que hasta la última codificación laboral, en el Art. 584 del C.T. se disponía el juicio verbal sumario, siguiendo los mismos pasos previstos para los procesos civiles.

La administración de justicia laboral con ese sistema constantemente era considerada como ineficiente, porque significaba un trámite lento, dilatado y lleno de incidentes procesales, que prolongaban y retardan injustificadamente los juicios, en perjuicio de los actores, en su gran mayoría trabajadores sin recursos económicos para sostener el pleito, lo que causaba frecuentes deserciones, desconfianza y malestar, mas aún cuando en nuestro país existían frecuentes devaluaciones monetarias, y los perjuicios en el monto ha percibir eran evidentes, ya que los valores que recibían luego de varios años de litigio, por efectos de la devaluación y luego por la dolarización, se vieron reducidos. Los fallos dictados luego de varios años no representaban una verdadera compensación al monto reclamado o al perjuicio sufrido en casos de desempleo.

En la última Constitución Política de la República aprobada en junio de 1998, los asambleístas recogiendo criterios para agilitar y modernizar la administración de justicia, especialmente en áreas como laboral y de familia, establecieron normas actualizadas para la atención de los juicios en general, disponiendo la adopción de sistemas ágiles, acordes a los nuevos tiempos, para beneficiar a los litigantes, en especial a los trabajadores, en los juicios de menores, en asuntos penales y de grupos vulnerables. Modernización que se debe entender en base a mecanismos que eviten retardos, procedimientos obsoletos y gestiones innecesarias.

Es por ello que la Constitución Política vigente, en el Art. 194, con un criterio adecuado dispone que: " *La sustanciación de los procesos, que incluyen la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo* ***mediante el sistema oral****, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.*" Además para lograr que estas normas y reformas se cumplan, en la Disposición Transitoria Vigésima Séptima, se dispone que en un plazo no mayor de cuatro años, se implante el sistema oral en los juicios. Hasta el momento no se ha logrado dar cumplimiento cabal a esta norma, sino de una manera parcial ya que solo se ha logrado implementarla en tres áreas del derecho, en la legislación de menores, en los juicios penales y desde el año 2003, en materia laboral.

El sistema oral para la administración de justicia, por tanto es una obligación constitucional que debe ser atendida por las tres funciones del Estado, el H. Congreso Nacional esta obligado a reformar las leyes necesarias, y no ha cumplido a cabalidad esta disposición; la Función Judicial quedó conminada a "adecuar sus dependencias e instalaciones, para adaptarlas al nuevo sistema"; y la Función Ejecutiva a proveer los fondos y recursos necesarios para la implementación y equipamiento necesario para la "nueva administración de justicia".

El H. Congreso Nacional el 5 de agosto del año 2003, promulgo la Ley N° 2003-13, que fue publicada en el Registro Oficial N° 146 de 13 de agosto del mismo año, que en calidad de ley reformatoria al Código del Trabajo, estableció el procedimiento oral en los juicios laborales, que inicialmente debía aplicarse desde el mes de Enero del año 2004, pero que por aspectos logísticos y la falta de recursos para la adecuación física del sistema en la función judicial, así como la capacitación de funcionarios para atender estos procesos y la búsqueda de Jueces ocasionales para atender los juicios pendientes a esa fecha, motivó que la Corte Suprema de Justicia solicite al Congreso Nacional que se reforme la fecha de vigencia de dicha ley, postergando la misma por una tiempo adecuado, de manera que el H. Congreso Nacional aceptó que el sistema oral se aplique en

forma impostergable desde el día 1° de Julio de 2004. (Ley Reformatoria 2004-29, publicada en el Registro Oficial 260 de 27 de Enero de 2004).

Una nueva modificación al sistema oral fue adoptada por el H. Congreso Nacional, mediante otra "ley reformatoria" aprobada el día 9 de Agosto del 2004 y publicada en el Registro Oficial N° 404 de 23 de agosto de ese año, para atender una serie de inquietudes sobre la aplicación práctica del procedimiento en base a recomendaciones de funcionarios judiciales y de profesionales del derecho. De manera que el marco legal actual se encuentra ya definido y en plena aplicación, aunque sin los resultados óptimos que aspiraba el legislador.

El procedimiento oral en los juicios de trabajo

El H. Congreso Nacional al implementar el sistema oral, dictó la ley procurando que se cumpla el mandato constitucional, especialmente los principios de inmediación, concentración y agilidad, imponiendo a los jueces a intervenir y conocer en forma más directa las causas, que participen en la evacuación de las pruebas, que califiquen y verifiquen la validez de los testimonios, obligando al juez y a los litigantes a tener un papel mas activo y mas genuino en el proceso. Acciones con las que se va ha evitar la dispersión de las pruebas, las mismas que deben ser concretas, relacionadas y presentadas en un mismo momento, luego de haberlas preparado previamente, procurando que estas sean atinentes a al causa. Sin embargo la aplicación práctica del proceso, se ha ido adaptando a un inadecuado criterio de los funcionarios judiciales, que lo han convertido en un sistema "oral escrito", como analizaré posteriormente, que distorsiona la intención del legislador.

Revisando el origen del sistema de juicio oral, diremos que este es muy antiguo y tradicional, lo encontramos en culturas ancestrales, fue utilizado por los pueblos antiguos en forma pública y desarrollado en mejor forma en el medioevo europeo, que se lo aplicó con mayor sistematización y normas procesales. El sistema oral era utilizado ya que pocos tenían el privilegio de saber leer y escribir, pocos eran letrados. Este tipo de juicio tuvo buena acogida y aplicación en Norteamérica, llegando incluso a definirse como un sistema propio, de manera que el proceso americano, que muy difundido por los medios e comunicación, tiene aspectos muy positivos para el conocimiento directo del problema por parte del juzgador o del tribunal, permitiendo agilidad, mayor veracidad y apreciación de los elementos probatorios y argumentos exhibidos por las partes.

La oralidad en nuestro medio ya ha sido aplicada después del mandato constitucional en el juicio penal y en la nueva legislación de menores desde el año 2002, cada una con un estilo propio y diferente, adaptando el sistema la en cierta forma a lo tradicionalmente utilizado para estos procesos.

Indudablemente que la oralidad de los juicios tiene aspectos favorables para el ejercicio de la justicia, el conocimiento directo y oportuno del proceso, facilita de mejor manera ejercer el derecho a la legítima defensa, y la posibilidad de expresar de una manera más amplia ante el juzgador, los criterios y argumentos sobre los puntos controvertidos. Permite hacer llegar al juzgador, la versión de las partes sobre el tema en discusión, la razón y el objetivo de sus pruebas y alegaciones, pero también obliga a las partes y sobre todo a sus defensores a organizar y planificar de mejor manera la defensa, la exposición de los medios de prueba a investigar y evitar la improvisación, y sobretodo a optimizar el tiempo y buscar la pertinencia en el litigio.

La norma constitucional previene a las funciones del Estado, que la oralidad será el sistema común en el futuro, deben estas implementar los cambios necesarios para darle una apropiada aplicación. Nos corresponde a los abogados capacitarnos adecuadamente para actuar dentro de este sistema, y será obligación de las Universidades formar nuevas generaciones de profesionales, versados sobre estos nuevos sistemas.

Análisis de los resultados de su aplicación

Cabe luego de nueve meses de aplicación del sistema oral, hacer un análisis de sus resultados, de los aspectos positivos y negativos que se han presentado en la utilización del nuevo procedimiento. Conocer si el ánimo que llevo al legislador ha implementar la reforma, se ha cumplido, si lo dispuesto en la ley se ha hecho caso, y si hay o no satisfacción en los usuarios.

La implementación de este nuevos sistema llamó poderosamente la atención no solo de los colegas abogados, sino de las autoridades y de grupos organizados de trabajadores. Las autoridades judiciales organizaron una serie de encuentros, talleres o reuniones de trabajo para realizar el análisis de la nueva ley y su aplicación práctica, así como las modificaciones en las instalaciones y mobiliario de los Juzgados de Trabajo, los Colegios de Abogados, especialmente el de Quito, organizó seminarios teórico prácticos sobre la oralidad, en uno de los cuales me correspondió tratar sobre la audiencia definitiva, y la Comisión de los Social y Laboral del H. Congreso promocionó encuentros y recibió sugerencias para realizar las reformas antes mencionadas. En fin el sistema de oralidad no pasó desapercibido, es mas, por primera vez en la historia del país se ha tratado con detenimiento la implementación de un nuevo sistema procesal, que quedará de referente en la aplicación de este procedimiento en otras áreas del derecho.

El primer cambio que se operó a raíz de la vigencia de la ley, fué la búsqueda y selección de "Jueces Ocasionales", que conozcan y resuelvan las innumerables causa rezagadas con el sistema verbal sumario, conllevando a buscar nuevas oficinas y funcionarios para que atiendan los juicios anteriores y aquellos presentados antes del 30 de Junio de 2004.

En aspectos logísticos, también se produjeron cambios para ubicar a los Juzgados de Trabajo, especialmente los de Quito, en oficinas supuestamente apropiadas, que cuenten con "salas de audiencias" y los equipos tecnológicos apropiados para receptar las exposiciones orales, dotándoles de un mobiliario mínimo para la presencia de las partes y del

público en general. La falta de recursos y de locales adecuados, ha conspirado a la intención del legislador sobre estos aspectos físicos.

Del análisis efectuado a la aplicación del nuevo sistema, se puede decir que como todo cambio, se han generado aspectos positivos y negativos en su implementación, de los cuales se pueden sacar conclusiones y recomendaciones con el único objetivo, de buscar que el procedimiento oral sea óptimo para la administración de justicia laboral.

Aspectos positivos

Un primer balance realizado al procedimiento, determina que hay mas aspectos positivos que negativos, que los beneficios son más notorios, que el sistema se aplica con relativo éxito y satisfacción entre los litigantes, ya que al existir un proceso claro y transparente, los resultados son mas obvios y justos.

Encontramos como puntos positivos los siguientes:

1. *La celeridad en el trámite*: En este aspecto se ha logrado en cierta forma cumplir con la intención del legislador, que respondía a un clamor de los trabajadores y de muchos abogados. Actualmente el juicio es atendido en forma oportuna, los resultados son relativamente mas rápidos, el proceso no tiene tantas dilatorias, y las partes saben a que atenerse, si pagar, cobrar, hacer las provisiones del caso, o salir de obligaciones o incertidumbres, en menor tiempo, sobretodo si los fallos son justos y apegados a la ley y al derecho.
   La calificación de la demanda, la citación en forma oportuna, el señalamiento de las audiencias, preliminar o definitiva con anticipación y en tiempos no muy dilatados, la práctica de las diligencias probatorias dentro de término y la expedición de los fallos dentro de los plazos previstos, es un aspecto digno de destacar. Hoy los litigantes saben que dentro de determinados plazos o términos se deberán efectuar ciertas diligencias, que no hay nuevos señalamientos y que los resultados no sufrirán los retardos frecuentes que antiguamente se daban.
2. Se *cumple con los principios del sistema dispositivo*, que permite que sean las partes las que impulsen el proceso, que tengan la iniciativa para formular la demanda, presentar las pruebas; el juez debe pronunciarse únicamente sobre el libelo inicial y sus justificaciones o excepciones. Los Jueces mantienen la función de calificar las demandas, y si estas cumplen los requisitos de ley, sobre ellas deberán resolver y pronunciarse luego de la etapa probatoria.
3. Igualmente con el nuevo sistema procesal *se cumplen los principios constitucionales de inmediación y concentración* previstos para los juicios orales. Esto es que el Juzgador intervenga y conozca en forma directa el problema, participe en la solución del mismo, permita la partición directa de los involucrados para aclarar los hechos, y resolver sobre ellos. La Concentración por su parte busca que se optimice el proceso, se simplifique el mismo, centralizando en audiencias orales, las exposiciones de las partes para la búsqueda de la conciliación, la evacuación de las pruebas, alegaciones, exhibición de documentos, la solución de incidentes, en fin, que el proceso no se dilate. Estos aspectos si han sido tomados en cuenta y aplicados, sus resultados son alentadores sobretodo para quienes confiamos en el derecho y la justicia.
4. En cierta forma *se ha dignificado la actuación de las partes en juicio, especialmente de los abogados*, que con este sistema actuamos ya en un ambiente apropiado, en salas especiales, con la atención directa de los jueces, con salas que cuentan con un mobiliario mínimo, que si bien no es el ideal, por lo menos permite que las partes tengan cierta comodidad para intervenir en las audiencia, mejorando notoriamente lo que sucedía en el sistema anterior, que los Abogados y litigantes nos reuníamos alrededor del escritorio de un amanuense o Secretario de Juzgado, sin la presencia del Juez, rodeado de una cantidad de carpetas, sin contar con sillas para las partes, quienes tenían que mantenerse de pie mientras se desarrollaban las dilatadas diligencias, que eran interrumpidas por todo tipo de personas, abogados de otros casos, llamadas telefónicas, consultas etc., dando como resultado gestiones vergonzantes y hasta humillantes, por la incomodidad, la falta de cordialidad, cortesía y facilidades para que las partes y sus defensores puedan actuar en diligencias muy trascendentes, como las audiencias de conciliación, contestación de las demandas, audiencias de divorcio y otras, que se reducían a un largo dictado a los funcionarios de turno, mientras los litigantes con incomodidad, debían presenciar estas diligencias por mandato de la ley, sin una logística apropiada para llegar a acuerdos o a la conciliación.
5. El entorno influye mucho en el ánimo de las partes. Si hay un ambiente apropiado, será más fácil encontrar soluciones, es por ello que *el legislador conminó al juzgador a intervenir directamente para procurar la conciliación* en la audiencia inicial. La sola presencia de las partes ante el Juez y la oportuna o apropiada actuación de esta autoridad, ha logrado que muchos litigios concluyan transaccionalmente. Este es un punto positivo que cabe destacar por los resultados obtenidos. Hay Jueces que procuran el avenimiento de las partes, que actúan, insinúan fórmulas y logran llegar a acuerdos, permitiendo incluso descongestionar los litigios.
   Obviamente hay otros juzgadores que lo hacen sin convicción o sin el ánimo necesario que debe primar para que las partes confíen en las propuestas y en el sistema, no aportan criterios o fórmulas, por temor a que se considere como posibles casos de prevaricato, por anticipar criterios, y reducen la diligencia a una simple pregunta sobre la existencia o no de alguna formula conciliatoria, como antes lo acostumbraban, sin demostrar interés en la solución del litigio. Esa no era la intención de la reforma, los jueces en estos casos deben recapacitar y cumplir con su mandato, ser inicialmente mediadores, con la decisión de solucionar los conflictos y luego juzgadores de los hechos. Cuantos conflictos se solucionan con acciones oportunas y palabras apropiadas. Mu-

chos litigios son productos de la falta de comunicación o de inadecuada interpretación, de allí que en las audiencias, especialmente la preliminar si el dialogo fluye, si se aclaran los aspectos oscuros, las soluciones también harán su aparición.

6. *La preparación y la especialización de los funcionarios y abogados es otro aspecto importante*. Ahora se cuenta con funcionarios y jueces expertos en este tipo de trámites, que podrán compartir sus experiencia, realizar sus análisis y sugerir cambios a la ley o en la implementación de este sistema en otro tipo de procesos, por el diario trajinar, por el tener que atender y solucionar aspectos relacionados con esta nueva práctica judicial. Igualmente los abogados y profesionales del derecho hemos tenido que prepararnos para poder asistir a estos litigios y defender con fundamentos los asuntos encomendados. Ya no puede ir un abogado a improvisar ni a dilatar los procesos sin razón, ya no hay incidentes injustificados, ya la oratoria forense tiene que ser tomada en cuenta, puesto que a mas del ridículo que puede ocasionar, estará en juego su prestigio profesional y la credibilidad del Juez y de sus clientes. Los profesionales estamos conminados a prepararnos en los temas que son materia del litigio, a investigar sobre las razones y argumentos, a aportar pruebas e ideas basados en la verdad o en su particular punto de vista que dé razón y justifique sus excepciones o afirmaciones.
7. La *pertinencia y oportunidad de las pruebas es otro aspecto destacable*. Las partes deben fundamentar la razón y el objetivo de los medios de prueba que va a utilizar, para solicitar su práctica y su evacuación, puesto que si no son pertinentes, el juez puede desecharlas o negarlas. La práctica de las mismas ya no corre la suerte de los antiguos procesos, hay un solo señalamiento para su realización y no se puede dilatar el proceso con diferimientos, ni recurrir a dilatorias.
   La presencia del juzgador en la recepción de testimonios y confesiones judiciales, a más de dar mayor solemnidad al acto, permite que en forma directa y oportuna tenga un mejor conocimiento, aproximado a la verdad. La fundamentación hecha por las partes de las pruebas recurridas y los alegatos, hacen que quien deba administrar justicia, aprecie de una manera directa y razonadas los elementos utilizados al respecto por los litigantes.

Aspectos negativos

De igual forma es necesario señalar los puntos negativos que se han detectado en la aplicación de la oralidad, siendo a mi criterio los siguientes:

A). La *intención de los Jueces de retomar o incluir el sistema escrito* en este tipo de procesos. Es notoria la insinuación de estos funcionarios de minimizar la actuación oral, para buscar reducirlos a documentos escritos previamente elaborados por los litigantes. Es frecuente encontrar que se exige a los abogados a que no sólo la demanda y la contestación sean por escrito, sino se pida a los litigantes, especialmente a sus abogados, que los alegatos, la formulación de pruebas, los interrogatorios sean por escrito, contradiciendo la intención de la ley, aduciendo supuestamente que les falta tiempo.
   En efecto, con la argumentación de encontrase agobiados por los tiempos, términos y plazos, algunas jueces de la localidad, solicitan que las partes "agiliten" las audiencias llevando por escrito todo lo que van a exponer o solicitar, incluyendo interrogatorios, alegatos y mas exposiciones, para incluirlas en el proceso, molestándose si los abogados pretendemos formular los interrogatorios y exponer oralmente nuestros criterios, ya que no están dispuesto a escuchar ni atender sino por un limitado tiempo, contrariando la oralidad dispuesta por mandato constitucional.

B). La existencia de *plazos y términos perentorios que ocasionan congestión judicial, suspensión de diligencias, que dañan la programación de los juzgados* e influyen en dilatación de procesos. Además por ello, los jueces tratan de compensar estos inconvenientes, limitando a las partes en la realización de las diligencias, en el número de testigos, o en los alegatos orales. Se debe realizar un análisis profundo sobre los términos para establecer los adecuados

C). Se *establece limitación para la actuación de los abogados en las diligencias judiciales*. Los funcionarios judiciales han interpretado la ley en el sentido que para toda diligencia deben concurrir personalmente las partes en conflicto, y que los abogados únicamente podemos actuar con poderes notariales. De manera que para diligencias de mero trámite como la exhibición de documentos, inspecciones oculares, etc., deben estar presentes físicamente los actores y demandados, sin que los abogados podamos representarlos ni intervenir si acaso falta nuestro defendido. Absurdo que contradice las leyes de defensa profesional del ejercicio profesional de la abogacía.
   Es razonable que se exija la presencia de las partes en las audiencias preliminar y definitiva, para lograr la conciliación o para rendir la confesión judicial, pero no es aceptable que se exija poderes notariales para que los abogados actúen en las mismas, a nombre de sus defendidos si estos no están presentes, contrario a otras leyes especiales. Es un artificio que no tiene sustento y que perjudica el ejercicio profesional.
   Con este tipo de criterios, los abogados defensores, especialmente de los trabajadores, presionan para que las confesiones judiciales solicitadas a los demandados, lo hagan en forma personal y no por intermedio de procuradores, que lo contempla la ley. Si consideramos que hay ejecutivos o funcionarios públicos o privados, que por distintos motivos en un año pueden separar o tener litigios con cientos de trabajadores, y al estar conminados a estar presentes en este tipo de audiencias, que son dilatadas o que duran varias horas, estas normas obligará en muchos casos, a descuidar sus obligaciones diarias, para presenciar las diligencias y rendir sus confesiones, a fin de no ser declarados confesos. Aspiración

aparentemente legítima, pero no equitativa. Este es un problema latente que merece solución.

D). *La tecnología no utilizada adecuadamente* y la falta de preparación de los funcionarios para utilizarla correctamente. Unicamente se ha dotado de computadoras y de grabadoras, cuyas transcripciones no se sabe si las habrán efectuado, o si se utilizará en la elaboración de fallo.

Las diligencias se retardan a veces por la impericia en la elaboración de las actas, claro está que a veces influye también el nerviosismo o la presión que se ejerce sobre los funcionarios encargados de la elaboración de dichos documentos. Este aspecto debe mejorarse.

E). La ley si bien es cierto a logrado celeridad en la atención de los procesos, lo ha hecho *estableciendo sanciones que presionan a los funcionarios judiciales* para cumplir con las diligencias en los términos y plazos previstos, situación que no siempre ha sido beneficiosa, ya que por el apuro y el corto tiempo, a lo mejor no se puede lograr del juzgador un análisis mas profundo y fundamentado de los fallos.

F). La *limitación de repreguntas*, es un aspecto negativo para la defensa, no puede el juzgador tener un concepto claro del testimonio, por lo que considero que debe mantenerse el sistema antiguo. El objeto de la repregunta es permitir comprobar si el testigo es idóneo, si conoce de los hechos, sino no incurre en parcialidad. Los abogados para evitar aquello, se limitan a formular una o dos preguntas, que generalmente contienen mas de un hecho, para evitar que las repreguntas sean suficientes, ya que solo se puede repreguntar en igual número de preguntas. Es una limitación infundada que la apoyan los jueces mas por comodidad y tiempo, que por búsqueda de la verdad.

G). Aunque es un aspecto ajeno a la Función Judicial, *la falta de recursos económicos,* no ha permitido una adecuada implementación del sistema, con juzgado en número suficiente, mobiliario, tecnología y salas adecuadas.

H). *Hay disposiciones en la ley que son consideradas como letra muerta,* no se da cumplimiento adecuado a la ley, como en caso de la aplicación de las sanciones por retardo en las citaciones, en la realización de las audiencias, especialmente por retardo en las Cortes Superiores, la falta de presencia de elementos de la Policía, es un ejemplo, que lo dispone la ley, pero que en la práctica no se da.

Conclusiones

El proceso oral indudablemente es positivo y novedoso, servirá positivamente para las actuales circunstancias, pero tiene que ser depurado con base a las experiencias y requerimientos que día a día se vayan demostrando. El sistema está en plena aplicación, corresponde por tanto a los interesados, jueces y abogados, aportar ideas y soluciones, para que el legislador las acoja y formule las rectificaciones del caso, para que la aplicación del sistema sea optimo, sobretodo si a futuro se debe implantar éste sistemas en otro tipo de procesos, como en los juicios civiles, comerciales, de inquilinato etc. Depurado el proceso oral laboral, puede servir de modelo y referente para aplicarlos en las otras ramas del derecho.

Sección Libre

Latinoamérica en la nueva ley española de arbitraje

*Marta Gonzalo Quiroga**

1. Latinoamérica en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

España ha estrenado una nueva Ley de arbitraje. El pasado 26 de marzo de 2004 entró en vigor la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) aprobada el 26 de diciembre de 2003[1]. Su régimen jurídico se basa en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional, elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985. El legislador español ha tomado en consideración, además, los trabajos sucesivos emprendidos por aquella Comisión, en especial en materia de requisitos del convenió arbitral y de adopción de medidas cautelares, con el propósito de modernizar el instrumento arbitral y de hacerlo más atrayente, en particular, como método de solución de controversias de carácter comercial.

Precisamente, la vocación española de incrementar y potenciar sus relaciones comerciales internacionales, se ha centrado, con especial intensidad, en el área latinoamericana. Si bien, España viene manteniendo activas y crecientes relaciones comerciales con Latinoamérica, la legislación española de arbitraje se encontraba un tanto atrasada respecto a las leyes de arbitraje latinoamericanas. Éstas en la mayoría de los casos habían procedido ya a adoptar la Ley Modelo de la Uncitral, tiempo atrás, resolviendo así muchos de los problemas que no teníamos solucionados en España con nuestra anterior legislación arbitral[2].

Además, tal y como se refleja en el primer punto de la Exposición de motivos de la nueva Ley española de arbitraje, España reconoce que debido a su falta de servicios adecuados de arbitraje comercial, la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de Latinoamérica se ha efectuado, hasta la fecha, con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, fundamentalmente anglosajón, con el efecto negativo que ello representa y la pérdida que significa la ruptura de sus vinculaciones con America Latina en una materia, como es el comercio internacional y la legislación arbitral, de tan alto interés común. De ahí que, con el propósito de atajar estas carencias, la proyección de la nueva LA 60/2003 hacia Latinoamérica ha adquirido un interés de primer grado.

1.1. Antecedentes

Hasta el momento, en España sólo habían existido dos legislaciones encargadas de regular la materia arbitral. La Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953 (*LAP*) y la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje de 1988, derogada por la actual legislación. Las tres normativas coinciden únicamente en su aprobación, todas en el mes de diciembre, pero difieren esencialmente en casi todo lo demás. De hecho, mientras que la Ley de 1953 habia sido ampliamente criticada por la práctica y la doctrina internacional y foránea, hasta el punto de ser conocida en España como "*la Ley antiarbitraje*", la Legislación de 1988 estaba considerada, en líneas generales, de manera muy positiva.

No obstante, con el paso de los años y las nuevas circunstancias del mercado, la Ley 36/1988 pronto quedó desfasada, comenzando a evidenciar sus carencias en cuanto a ciertas lagunas e imperfecciones técnicas que se manifestaban, en particular, en su faceta internacional. Estos argumentos unidos a las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje y la conveniencia de acomodar el sistema español a la Ley Modelo y al resto de sistemas arbitrales contemporáneos, entre los que se encuentran la mayoría de los países latinoamericanos enunciados, sirvieron a los redactores de la actual legislación para justificar la necesidad de la reforma y la consiguiente promulgación de la actual Ley española de arbitraje 60/2003.

1.2. Sistemática

La nueva LA se aprobó por la via de urgencia[3]. Consta de una Exposición de Motivos, nueve Títulos integrados por cuarenta y seis artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. El Título I, artículos uno al ocho, contiene las disposiciones generales sobre arbitraje. El ámbito de aplicación de la Ley (art. 1), las materias objeto de arbitraje (art. 2); la determinación del carácter internacional del arbitraje (art. 3); las reglas de interpretación que deben guiar la actual legislación (art. 4); las reglas sobre notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos (art. 5); la renuncia tácita a las facultades de impugnación (art. 6); las limitaciones sobre la intervención judicial en el arbitraje (art. 7); y las normas de competencia objetiva y territo-

rial para los procedimientos de apoyo y control del arbitraje (art. 8).

El Título II, regula los requisitos y efectos del convenio arbitral (arts. 9 al 11). El Título III, (arts. 12 al 21), se dedica a la regulación de la figura del árbitro o árbitros. El Título IV regula la competencia de los árbitros (art. 22) y la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales (art. 23). El Título V se dedica de lleno a regular las actuaciones arbitrales (arts 24 al 33). El Título VI (art. 34 al 39) regula el laudo y otras formas posibles de terminar el procedimiento arbitral. El Título VII, art. 40 al art. 43, la anulación y la revisión del laudo. El Título VIII, art. 44 y 45 se dedica a la ejecución forzosa del laudo. Finalmente, el Título IX, compuesto por un único precepto, el artículo 46, regula el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros, haciendo un reenvío expreso al Convenio de Nueva York de 1958 (-CNY-, *BOE* n. 162 y 164, de 9 y 11 de julio de 1977).

Sobre la base de esta sistemática y con el propósito de facilitar su conocimiento y difusión en el ámbito latinoamericano, el presente escrito tiene por objetivo describir la nueva ley española de arbitraje destacando sus características fundamentales y en qué consisten sus principales novedades. Para ello, tras exponer en la primera parte del trabajo los criterios principales que han inspirado la reforma (epígrafe 2), se procederá a realizar un análisis sistemático de la nueva regulación base del régimen jurídico español de arbitraje indicando cuáles han sido sus novedades (epígrafe 3). Para finalizar, se establecerán unas conclusiones a modo de breve balance en el que se concretarán los aspectos más controvertidos, positivos e innovadores de la Ley (epígrafe 4).

2. Criterios inspiradores (e innovadores) de la reforma

2.1. Armonización y unificación

La Ley española de Arbitraje es, ante todo, una ley que busca unidad de criterios y una mayor uniformidad basada en la armonización legislativa. De cara al exterior, la armonización tiende a equiparar la legislación arbitral de todos los países que han decidido adoptar el modelo ofrecido por la Ley Tipo, con especial incidencia en Latinoamérica[4]. De cara al interior, logra armonizar el régimen jurídico español del arbitraje con las novedades introducidas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)[5]. Uno de los más destacados ejemplos de este propósito armonizador ha sido la supresión de la *"protocolización"* notarial del laudo. Exigencia que, como tal, es desconocida en la mayoría de las legislaciones arbitrales del ámbito comparado y en la totalidad de los Tratados internacionales sobre la materia.

La importancia de la armonización como primer objetivo perseguido por el legislador español se hace desde la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias. El aspecto armonizador de la nueva Ley es, pues, fundamental.

2.1.1. Arbitraje común y arbitrajes especiales

La armonización se complementa con el carácter unificador de la propia Ley. Ello se traduce en que la nueva normativa es una norma de derecho común general aplicable íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación concreta. Pero, también, se aplica supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan específicamente a lo previsto en la LA o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad. En consecuencia, los llamados arbitrajes especiales (deporte, arrendamientos, consumo, transporte, seguros, propiedad intelectual e industrial, etc.) serán regulados, a partir de ahora, por la LA 60/2003 en los casos de silencio u omisión normativa.

Ahora bien, ello será así siempre y cuando la pretendida especialidad no pretenda alterar o suplantar aquellos aspectos que son esenciales en el arbitraje. Es decir, sus presupuestos elementales: la autonomia de la voluntad de las partes, la arbitrabilidad de la diferencia, el convenio arbitral y que el laudo arbitral equivalga a una sentencia judicial. Se impone esta aclaración porque en los últimos años, dada la amplia apertura a la arbitrabilidad de la controversia y la proliferación de los llamados arbitrajes especiales, ha surgido también la necesidad de salvaguardar a la institucion arbitral frente a extensiones impropias, donde se llama arbitraje a aquello que, en pura lógica con la institucion arbitral, no lo es. Tal es el caso de los llamados arbitrajes imperativos o forzosos, impuestos por la voluntad de una de las partes o, incluso, del arbitraje testamentario, regulado por la actual Ley y del que se hablará más adelante[6].

2.1.2. Sistema único para el arbitraje interno y el internacional

El carácter unificador del que hace gala la nueva LA se precisa en la instauración de un sistema único para el arbitraje interno y el internacional. He aquí una importante novedad. Por primera vez, se articula en España una regulación unitaria para ambos tipos de arbitrajes. Se recoge, así, el sistema monista. Dinámica que, por otra parte, es habitual entre los Estados que adoptan la Ley Modelo de la Uncitral. No obstante, pese a su unificación en un sólo cuerpo de preceptos ambos tipos de arbitraje no deben ser confundidos. De todos es sabido que, en la práctica, el arbitraje internacional tiene un carácter específico guiado por una mayor flexibilidad.

De ahí que, en general, aunque la mayoría de las disposiciones sean comunes al arbitraje interno y al internacional, existen preceptos adaptados específicamente al arbitraje internacional y a las exigencias de flexibilidad que exige el comercio internacional. Estos son, los artículos 1 (aplicación de la Ley a los arbitrajes internacionales cuyo lugar se halle en territorio español); 2.2 (sometimiento del Estado al arbitraje equiparando su capacidad para comprometer con la del resto de particulares); 3 (definición propia del arbitraje internacional); 8.6 (designación del tribunal competente para el exequátur de los laudos extranjeros); 9.6 (derecho aplicable al convenio arbitral); 15.1 (establecimiento de la condición de abogado en ejercicio para ser árbitro en

los arbitrajes internos pero no en los internacionales); 34.2 (Derecho aplicable al fondo) y art. 46 (Extranjería del laudo y normas aplicables).

2.2. Flexibilidad: repercusión en la arbitrabilidad

Otro de los puntos esenciales que han inspirado la actual reforma trata de dotar a la legislación española de arbitraje de una mayor flexibilidad. En especial, en materia de arbitrabilidad de la controversia, identificada en el art. 2 con la disponibilidad del objeto por las partes conforme a derecho. Si bien, el criterio de la disponibilidad coincide con el previsto también en el art. 2 de la anterior Ley de arbitraje 36/1988, es en el modo de entender esta disponibilidad dónde radica la flexibilidad. Disponibilidad como cláusula abierta que ha de ser entendida en un sentido amplio y no en virtud de una serie de listas ejemplificativas sobre lo que se considera arbitrable o inarbitrable como ocurría antaño[7]. Una vez precisado que son cuestiones arbitrables aquellas que son disponibles, puede ser también que existan cuestiones que sean disponibles para las partes pero respecto a las cuales se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Estos casos no pueden ser precisados en abstracto y exceden al ámbito de una regulación general del arbitraje, como es el de la LA 60/2003. Por lo que podrían ser, en su caso, objeto de disposiciones específicas en otros textos legales, según el sexto párrafo del punto núm. II de la Exposición de Motivos de la LA.

La flexibilidad enunciada es consecuente con la importancia que la nueva Ley concede a la autonomía de la voluntad reflejada en el procedimiento arbitral y en las reglas de interpretación de la legislación. En estas últimas, se especifica que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes directamente o, en su caso, de manera indirecta, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral (art. 4).

2.3. Criterio antiformalista

El criterio antiformalista impregna toda la ley. A través de él se ha pretendido recuperar el carácter dinámico del arbitraje como una de las principales causas que llevan a preferirlo sobre los procesos judiciales. Con esta finalidad, se han introducido importantes novedades conducentes a facilitar el dinamismo procesal en las reglas sobre notificaciones, comunicaciones y plazos en el procedimiento arbitral (art. 4 y 5). Criterio antiformalista que se refuerza, en particular, en cuanto a los requisitos formales del convenio arbitral (Art. 9). Por primera vez, se da cabida y reconocimiento a los nuevos medios de comunicación y a las nuevas tecnologías (art. 9.3). Se consagra, también por vez primera, la validez de la cláusula arbitral por referencia, o lo que es lo mismo, aquella que consta en un documento separado del contrato principal (art. 9. 1 y 2). Al antiformalismo contribuye, además, la siguiente novedad consistente en procurar la restricción de la intervención judicial en el arbitraje a los procedimientos que sean estrictamente necesarios.

2.4. Límite a la intervención judicial: fomento de la automía arbitral

La nueva legislación responde al objetivo inspirador de reducir la intervención de los tribunales judiciales en los procedimientos arbitrales. Inspiración que se refleja suficientemente en el precepto núm. 7: "*En los asuntos que se rijan por la presente Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos que ésta así lo disponga*". Ello fomenta la autonomía del propio sistema arbitral. Su configuración ya no pretende ser alternativa al proceso jurisdiccional sino que se ofrece como un sistema propio, acabado e independiente.

Con este objetivo, también innovador, se supera lo que en España se denominaba la "*formalización judicial del arbitraje*". A partir de ahora, al juez le serán vedadas sus anteriores prerrogativas para controlar la validez del convenio arbitral y la arbitrabilidad de la controversia. El papel del Juez quedará reducido en la primera fase del arbitraje a la facultad de poder nombrar simplemente a los árbitros, pero no podrá controlar ni la validez del convenio arbitral ni la del presupuesto material. La legislación responde así al objetivo de conferir una máxima autonomía al arbitraje, restringiendo la actuación de los tribunales a actuaciones judiciales, mínimas y tasadas por la propia Ley. Aspecto que es entendido en sentido positivo en correspondencia con la independencia y autonomía que se le quiere proporcionar.

A partir de la nueva Ley, los árbitros tendrán, también por vez primera, la potestad para dictar medidas cautelares, aunque sigan careciendo de potestad ejecutiva para poder ejecutar dichas medidas (art. 23). De este modo, la intervención de los tribunales se reduce al apoyo y control de ciertas decisiones que los árbitros no pueden realizar por si mismos en sede arbitral, tal y como son los relativos a la eficacia del convenio arbitral, la administración de las pruebas que los árbitros no pueden llevar a cabo, la ejecución de ciertas medidas cautelares adoptadas por los árbitros y a la anulación y ejecución del laudo.

3. Análisis sistemático de los principales cambios introducidos

3.1. Disposiciones generales

3.1.1. Novedades en el ámbito de aplicación espacial, temporal y material

En lo que respecta al ámbito de aplicación de la Ley 60/2003, sus novedades ya han sido indicadas a lo largo del trabajo en las referencias realizadas al Título I (disposiciones generales: arts. 1-8). En primer lugar, el ámbito de aplicación espacial de la nueva ley española de arbitraje es decididamente territorial. Se aplica a todos los arbitrajes que tengan lugar en el territorio español, sean éstos de carácter interno o internacional (art. 1). No obstante, hay determinados preceptos, todos ellos contemplados en el art. 1.2, que se refieren a ciertos casos de intervención judicial que deben aplicarse también a aquellos arbitrajes que se desa-

rrollen o se hayan desarrollado en el extranjero. La territorialidad trasciende, además, al ámbito procesal, puesto que se trata de normas procesales que han de ser aplicadas por tribunales españoles.

En cuanto al ámbito de aplicación temporal, ya se ha enunciado que la Ley entró en vigor el 26 de marzo de 2004 (disposición final tercera). En consecuencia, se aplicará a todos los arbitrajes que se celebren con posterioridad a esa fecha, con independencia del momento en que se haya pactado el convenio arbitral. Ahora bien, el régimen transitorio ofrece una importante particularidad, consustancial a la importancia que se concede al convenio arbitral. En el apartado primero de la disposición transitoria única se especifica que aún en los casos en que el demandado hubiese recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje o se hubiese iniciado el procedimiento arbitral antes de la entrada en vigor de la nueva LA, la normativa de ésta última se aplicará al convenio arbitral y a sus efectos. Para el resto, será de aplicación la anterior Ley de arbitraje de 1988.

En tercer lugar, el ámbito de aplicación material ofrece como principal novedad su extraordinaria flexibilidad en cuanto al entendimiento de la disponibilidad señalado con anterioridad. Se introduce también la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no pueden hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico (art. 2.2). Se pretende con ello que, bajo los efectos del convenio arbitral, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular.

3.1.2. Reconocimiento del arbitraje internacional

Otro de los aspectos destacados de la nueva Ley es el reconocimiento, por vez primera en España, de la existencia propiamente dicha del arbitraje internacional. Tipo de arbitraje que había sido rechazado en la *LAP* de 1953, por ser considerado contrario al orden público, y cuyo reconocimiento se había evitado en la anterior Ley de 1988, hasta el punto de no hacer una mención expresa al mismo como arbitraje internacional sino como arbitraje extranjero al que no se le aplicaba la normativa arbitral internacional al efecto sino, según dictaba el Titulo X de la LA 1988, "*Las normas de Derecho internacional privado*".

Ahora, el art. 3.1 de la nueva LA de 2003, concreta las causas por las que será considerado internacional el arbitraje para el ordenamiento jurídico español en conexión con el criterio orientador de la Ley Modelo. Así, en virtud del art. 3, para que un arbitraje sea internacional tendrían que darse alguna de estas tres circunstancias:

a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan su domicilio en Estados diferentes;
b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios;
c) Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a los intereses del comercio internacional.

No obstante, esta definición de arbitraje se contradice con la dictada en el art. 46. 1 de la propia LA, donde se entiende por laudo extranjero aquel que es pronunciado fuera del territorio español. Según este precepto, un laudo dictado en nuestro país nunca podría ser calificado de extranjero a pesar de ser claramente internacional respecto al art. 3.1. Se niega, con ello, la posibilidad de dictar un laudo internacional en territorio nacional y, en consecuencia, se vulnera uno de los objetivos esenciales de la nueva Ley de arbitraje, cual es el hacer de España sede de arbitrajes internacionales (EM. I). Por estos motivos se aboga por ignorar la contradicción que propicia la inclusión del referido apartado del art. 46. 1 y entender exclusivamente la definición de internacionalidad que expresamente recoge el art. 3. En todo caso, todavía la jurisprudencia no se ha manifestado al respecto. Se habrá de estar a la interpretación que hagan los jueces y tribunales españoles sobre este punto. Interpretación que, dadas las muestras favorables hacia el arbitraje observadas en los últimos años y el buen entendimiento del mismo, se confía en que siga siendo, en este sentido, realista y positiva.

De todo lo enunciado se desprende que desde la perspectiva del arbitraje internacional los cambios experimentados con la actual legislación arbitral han sido realmente importantes. En concreto, tales cambios o modificaciones se localizan en los siguientes artículos que han sido y serán comentados a lo largo del presente trabajo: El artículo 1 (aplicación de la Ley a los arbitrajes internacionales cuyo lugar se halle en territorio español); Art. 2.2 (sometimiento del Estado al arbitraje equiparando su capacidad para comprometer con la del resto de particulares); Art. 3: (definición propia del arbitraje internacional); Art. 8.6 (Tribunales competentes para otorgar el exequátur del laudo arbitral); Art. 9.6 (derecho aplicable al convenio arbitral); 15.1 (cualificación profesional de los árbitros); Art. 34.2 (derecho aplicable al fondo); Art. 37. 2 (plazo para dictar el laudo); Art. 39.5 (ampliación del plazo para corregir, aclarar y complementar el laudo en los arbitrajes internacionales); Art. 41. 2 (motivos de anulación del laudo); y art. 46 (extranjería del laudo y normas aplicables).

3.2. Del convenio arbitral y sus efectos

3.2.1. Forma y contenido. Arbitraje on line

El criterio antiformalista al que antes hacíamos referencia se hace notar con especial intensidad en la extraordinaria flexibilidad de la que hace gala la forma del convenio arbitral (art. 9, Titulo II). Por primera vez, se han rebasado en España las fronteras de la forma escrita. El convenio arbitral podrá constar, a partir de ahora, por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo o, a través de soporte electrónico, óptico o de otro tipo, siempre y cuando éste sea accesible para su ulterior consulta (art. 9.3). También, se valida el convenio arbitral por referencia que

conste en un documento al que las partes se hayan remitido en cualquiera de las formas anteriores (art. 9.4).

De este modo, la nueva Ley ha dado un apoyo decisivo al arbitraje electrónico o arbitraje *on line*. Ahora, tanto el convenio arbitral como los actos propios del procedimiento arbitral: notificaciones, comunicaciones y el propio laudo, ya sea final o parcial, podrán tener cualquier soporte siempre que su contenido sea accesible (art. 9.3). Gracias a esta importante novedad se confirma la coherencia del legislador español en esta ley de arbitraje con la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo, de 8 de julio de 2000* y con el arbitraje previsto en la *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, mediante la cual se ha transpuesto al derecho interno español la citada Directiva. Ello no quiere decir, que se hayan puesto los remedios para acabar con la problemática que suele acompañar al arbitraje *on line*, en especial, la deslocalización y problemas de orden público. La solución a dichos problemas vendrá por una legislación especial sobre contratacion electrónica o servicios de la sociedad de la información, más que en una propia ley arbitral[8].

3.2.2. Arbitraje testamentario

El art. 10 dispone que "*También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*". De este modo, la regulación del arbitraje testamentario en España se ha convertido en una tradición normativa, configurando uno de los pocos puntos en común que han tenido las tres legislaciones arbitrales[9]. La diferencia es que con la nueva Ley 60/2003 el arbitraje testamentario ha dejado de tener un carácter excepcional. Propósito que obedece a la intención de dotar a este tipo de arbitraje de mayor utilidad.

No obstante, a nadie se le escapa que el arbitraje testamentario sigue estando profundamente cuestionado tanto en España como en el resto de la doctrina comparada. Las principales discrepancias en torno al mismo están protagonizadas por cuestiones referidas a la autonomía de la voluntad que ponen en duda su legitimidad dentro de la institución arbitral. En el arbitraje testamentario la voluntad es unilateral. Basta con la voluntad del testador para que se admita el procedimiento arbitral. Así, el arbitraje se convierte en una mera obligación en que el testador impone el arbitraje para solucionar las diferencias (nótese que se utiliza el término de "*diferencias*" que tiene una carga conceptual más débil que "*controversias*") que se pudieran plantear entre los herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia. Se trata, entonces, de un arbitraje que no es tal por su contrariedad con el pilar esencial de la institución arbitral, cual es, la autonomía de la voluntad.

Por otra parte, entre los autores que defienden la existencia del arbitraje en el ámbito sucesorio *mortis causa*, existen también discrepancias sobre otras cuestiones que han de ser señaladas. En primer lugar, el arbitraje testamentario comprende las diferencias relativas a la "*administración*" o "*distribución*" de la herencia utilizando la conjunción copulativa "*o*" como si la distribución y administración fueran actividades semejantes, cuando no lo son[10]. Otra de las dudas trata sobre si es posible que también puedan acudir al arbitraje los herederos forzosos o legitimarios para resolver sus diferencias en la distribución o administración de la herencia. Según el tenor literal de la nueva ley ello no estaría permitido porque en ésta sólo se ofrece la posibilidad arbitral a los herederos no forzosos o legatarios, quedando excluidos los legitimarios. Y, no porque la legítima sea indisponible con arreglo al criterio de disponibilidad contenido en el art. 2, sino por imperativo legal del art. 10. Ante esta circunstancia, la doctrina observa que se ha vuelto a repetir el error o la indeterminación de no especificar si los herederos forzosos pueden acudir al arbitraje. Ello, introduce una discriminación comparativa entre herederos forzosos y legatarios. La solución hubiese sido la de introducir la prohibición de acudir al arbitraje para dirimir las cuestiones relativas al tercio de legitima que corresponde a cada legatario, pero admitir el arbitraje para el tercio de libre disposición, que es donde normalmente se plantean los problemas hereditarios[11].

3.3. De los árbitros. Prevalencia del arbitraje de derecho sobre el de equidad

Haciendo buena la máxima de que "*el arbitraje vale lo que valen los árbitros*", el nuevo texto legislativo dedica el Titulo III, compuesto por nueve artículos, del 12 al 21, a regular la figura, el nombramiento y la responsabilidad de los árbitros. Las novedades observadas en este campo no adquieren una particular relevancia y son principalmente de carácter terminológico y numérico. En cuanto a las primeras, se prefiere emplear la terminología relativa a "*árbitros*" o "*colegio arbitral*" frente a la tradicionalmente empleada de "*tribunal arbitral*". La razón que subyace tras este cambio obedece a un mero propósito clarificador de la Ley. Simplemente pretende evitar las típicas confusiones entre tribunales judiciales y tribunales arbitrales eludiendo para ello su utilización en el segundo caso.

Respecto al número de árbitros, éste difiere de la anterior LA de 1988 y también de la Ley Modelo. Si bien, lógicamente el número de árbitros sigue siendo impar, por razones de economía la ley dictamina que a falta de acuerdo en el número de árbitros se designará un sólo árbitro (art. 12), en lugar de los tres a los que conducía la anterior legislación arbitral, art. 13 LA 1988 y art. 10. 2 de la Ley Modelo. También, por vez primera, se recoge expresamente que cuando el colegio arbitral sea de tres árbitros cada parte designará un árbitro y estos dos serán los que designen a un tercero que será el presidente del colegio arbitral (art. 15. 2. b). Hasta ahora la posibilidad del *árbitro ex parte* no se contemplaba legalmente aunque si bien venía siendo una constante en la práctica arbitral.

También como novedad, la propia ley incorpora la obligación de los árbitros de revelar cualquier circunstancia que pueda dar lugar a "*dudas justificadas*" sobre su independencia o imparcialidad. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros que aclare sus relaciones con alguna de las otras partes (art. 17.2)[12]. Por otro lado, si el arbitraje superase los tres árbi-

tros, caso que en la práctica es bastante extraño, todos ellos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes (art. 15. 2. c). Las causas de recusación de los árbitros no se regulan ya con la clásica técnica de remisión general a las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados. Ahora, se regulan a través de una cláusula general, art. 17. 3, en la que se especifican los principios conforme a los cuales deben actuar los árbitros: principios de independencia e imparcialidad.

Como principal novedad, la nueva Ley potencia el arbitraje de derecho sobre el de equidad. Al contrario que ocurría en la Ley anterior, que establecía como regla general el arbitraje de equidad (art. 4.2 LA 1988), con la nueva regulación éste será una excepción. La equidad sólo será admitida, a partir de ahora, si las partes hubieran autorizado a los árbitros expresamente para decidir en equidad, bien de forma expresa, o bien de forma indirecta, mediante la remisión a términos como "*decisión en conciencia*" o "*ex aequo et bono*". Se ha invertido, pues, en este sentido, la regla anterior que hacía prevalecer al arbitraje de equidad si no se pactaba expresamente lo contrario. Ahora, al igual que ocurre en la mayoría de la legislación comparada y en la propia Ley Modelo, art. 28.3, la Ley 60/2003, se posiciona claramente a favor del arbitraje de Derecho. La razón de este giro de 180 grados es consustancial con el propósito de equiparar al arbitraje con una verdadera y auténtica jurisdicción. Aunque, por otro lado, la prevalencia del arbitraje de derecho contradice la flexibilidad que pretendía inspirar la actual reforma, ya que el arbitraje de derecho es un sistema más rígido y estricto que el arbitraje de equidad, más simple, rápido y, para muchos, más apropiado en la resolución de controversias de carácter comercial.

Ello da lugar a otra consideración en cuanto a la capacidad para ser árbitros. A diferencia de la anterior legislación de 1988, podrán ahora ser árbitros en España los notarios, los jueces y los magistrados (art. 13). No obstante, en los arbitrajes internos, que no se decidan en equidad, se requiere la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario (art. 15.1). Es esta una de las disposiciones que más polémica ha ocasionado en la nueva Ley de arbitraje. Por un lado, es un precepto que ha bastado para calificar a la nueva LA de "*entreguista*" y "*contraria al arbitraje*"[13]. Por otro lado, no se acierta a vislumbrar el motivo por el cual se exige esta particular cualificación de los árbitros únicamente en los arbitrajes internos ni esta distinción entre ambos tipos de arbitraje en este contexto. Se trata de una disposición de corte corporativista al permitir que únicamente sean los abogados en ejercicio los que entren a decidir sobre los arbitrajes de Derecho, excluyendo a otros profesionales como los propios profesores de Derecho, magistrados, notarios, etc.[14]. Choca, además, que este requisito no se extienda al arbitraje internacional de derecho donde podrá ser árbitro cualquier persona aún sin cualificación jurídica. Además, si la misma Ley de arbitraje pretende, como se ha dicho, implantar una regulación monista, hubiera sido deseable reservar la distinción entre arbitraje interno e internacional a casos más necesarios[15].

3.4. De la competencia de los árbitros Medidas cautelares

El Título IV, lo forman dos artículos en los cuales se articulan dos de las principales novedades. La primera, se refiere a la posibilidad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia (art. 22). Por vez primera, se reconoce de forma expresa el principio de "*Kompetenz-Kompetenz*" de los árbitros para decidir su ámbito y amplitud de competencia, art. 22.1. Principio considerado como un principio de orden público trasnacional del arbitraje que, hasta ahora, sólo había sido apuntado de forma somera en la anterior LA, a través del principio de separabilidad del convenio arbitral[16].

La segunda, confiere a los árbitros la potestad de adoptar medidas cautelares (art. 23). Con ello, la nueva regulación ha dado respuesta a dos de las cuestiones que resultaban más problemáticas en la práctica procesal y arbitral anterior en cuanto a las medidas cautelares en el arbitraje. La primera, se refería a la dificultad de concretar si se podían adoptar medidas cautelares incluso antes de que se hubiera iniciado el procedimiento arbitral. La segunda, planteaba si podían los árbitros adoptar medidas cautelares con la nueva regulación. La solución a ambas se ha resuelto en sentido afirmativo.

En relación con la primera cuestión, la polémica existente en España sobre las medidas cautelares es fruto de una anterior regulación defectuosa, tanto desde el punto de vista de la normativa procesal como arbitral. En efecto, la normativa sobre medidas cautelares contemplada en la Ley 36/1988, de arbitraje, quedó afectada por la normativa procesal introducida en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. En concreto, por los articulos 722 y 730.3 LEC, y la disposición final 8, que modificó la redacción del anterior art. 11 LA 1988. Si bien, las modificaciones introducidas por la regulación procesal aportaron algo de claridad a la ausencia de una normativa especifica en cuanto a medidas cautelares en la LA 1988, tampoco la LEC consiguió aclarar muchas de las cuestiones que se planteaban en la práctica al respecto. Una de las más problemáticas consistía, como se ha dicho, en concretar si era posible adoptar medidas cautelares con anterioridad a la aprobación del laudo. La discusión, a favor y en contra, fue seguida durante largo tiempo en España, sobre todo en las distintas Audiencias Provinciales, que propiciaron la existencia de una legislacion contradictoria y, en consecuencia, poco clara al respecto[17]. A pesar de ello, prevaleció la corriente jurisprudencial favorable a la permisividad de las medidas cautelares con caracter previo al procedimiento arbitral.

Este criterio ha sido refrendado en su totalidad en la nueva redacción del art. 11.3 de la Ley 60/2003, que reza del modo siguiente: "*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas*". La adición de este nuevo apartado al art. 11 LA ha resuelto con claridad y de modo definitivo la polémica exis-

tente en torno a la posibilidad de instar de un Tribunal la adopción de medidas cautelares con las características precisadas en los arts. 722 y 730.3 LEC y en la propia reforma de la LA 60/2003. De este modo, ante la cuestión, antes también dudosa, de si el hecho de plantear la petición de medidas cautelares ante un tribunal supondría la renuncia tácita al arbitraje, se entiende en sentido negativo. El art. 11, referido al convenio arbitral, viene a confirmar que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supondrá la renuncia tácita al arbitraje.

En relación con la segunda cuestión, una de las principales novedades de la nueva Ley trata de la potestad que se otorga a los árbitros para dictar dichas medidas. En el art. 23.1 se prevé, salvo acuerdo en contrario de las partes, la posibilidad de que los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de las partes, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán incluso exigir caución suficiente al solicitante de tales medidas. En primer lugar, dicha potestad puede ser excluida por las partes, bien directamente o por remisión a un reglamento arbitral. En caso contrario, se entenderá que aceptan esta potestad. En segundo lugar, es claro que la LA otorga a los árbitros la potestad declarativa en relación con las medidas cautelares, pero siguen careciendo de potestad ejecutiva respecto a las mismas. Por ello, la nueva Ley posibilita a los árbitros solicitar la adopción de medidas cautelares a la autoridad judicial correspondiente, que en virtud del art. 8, será el Tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. El cauce procesal se podrá articular, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación (art. 11. 3). De ahí que las potestades judiciales y arbitrales en materia cautelar sean alternativas y concurrentes, conforme al principio de buena fe procesal (EM V). Por último, estas medidas gozarán de potestad de ejecución como si se tratase de laudos (Art. 23. 2)[18].

3.5. Procedimiento arbitral

El Titulo V, arts. 24 al 33, regula las actuaciones arbitrales. Se refiere al procedimiento arbitral caracterizado, una vez más, por su extraordinaria flexibilidad al encontrarse limitado únicamente por el orden público procesal: principios de audiencia, contradicción e igualdad (art. 24)[19]. Ello se debe a que las reglas sobre el procedimiento arbitral son dispositivas, aplicables sólo si las partes no han acordado nada directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral, siempre y cuando garanticen las normas procesales básicas. La rigidez se descarta también a favor de la flexibilidad en lo que respecta a la determinación del lugar del arbitraje y del idioma, arts. 26 y 28 respectivamente. A diferencia de la legislación anterior, el inicio del arbitraje se establece en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, salvo que las partes, siempre en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, hayan convenido otra cosa (art. 27).

En la forma de las actuaciones arbitrales, art. 30, aunque la norma general es que se celebren audiencias para la presentación de alegaciones, práctica de pruebas y emisión de conclusiones, se permite, siempre que la circunstancia del caso lo permita, es decir, cuando la celebración de la audiencia no sea estrictamente necesaria, que el procedimiento sea escrito. Con ello, se trata de impedir que la inactividad de las partes paralice el procedimiento.

3.6. Pronunciamiento del laudo

El Titulo VI está dedicado al pronunciamiento del laudo y a la terminación de las actuaciones arbitrales. Las principales novedades versan aquí sobre la regulación de dos nuevos tipos de laudos: los laudos por consenso y los laudos parciales. Los primeros, permiten que si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, éstas podrán constar ese acuerdo en forma de laudo, siempre que el árbitro no aprecie motivo para oponerse (art. 36). El laudo o laudos parciales serán de gran utilidad para decidir diferentes cuestiones a lo largo de todo el proceso: la propia competencia de los árbitros, las medidas cautelares, el procedimiento, etc. (art. 37.1). Además, el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo aunque la acción de anulación sólo cabe para los segundos (art. 40).

Existen también novedades en cuanto al plazo para dictar el laudo y respecto a la ejecución inmediata de estos. El plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se computará dentro de los seis meses siguientes desde la presentación de la contestación de la demanda arbitral o desde la expiración del plazo para presentarla. No obstante, a diferencia de la Ley anterior, donde el plazo debía ser de seis meses máximo, con la nueva Ley 60/2003, art. 37.2, el plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes y mediante decisión motivada, por un plazo no superior a dos meses. Lo que hace un total de ocho meses de plazo máximo para dictar el laudo.

Una vez realizada esta precisión, se considera criticable el hecho de haber fijado el mismo plazo para dictar el laudo tanto en los arbitrajes internos como en los internacionales cuando la propia práctica indica que no existe un arbitraje internacional de cierta relevancia que no sobrepase el año o, incluso, el año y medio de duración. Por ello, de cara al futuro y con el propósito de procurar que España se establezca como sede de arbitrajes internacionales, se aboga para que la restricción del plazo de ocho meses fijado en el art. 37.2 *in fine* para dictar un laudo arbitral, se circunscriba únicamente para los arbitrajes internos. De forma que se permita a las partes, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, que puedan establecer un plazo más alto para dictar el laudo en el caso de que éste fuera un arbitraje internacional[20]. Extensión que se correspondería además con la técnica seguida por el legislador español en otros preceptos de la actual legislación dedicados al arbitraje internacional, como es el caso del art. 39.5, al expresar que los plazos de 10 y 20 días establecidos para corregir, aclarar o complementar el laudo en los arbitrajes internos, se ampliaran en los casos en que el arbitraje sea internacional a uno y dos meses, respectivamente. Para finalizar, otra de las novedades en esta parte del articulado ha consistido en introducir, junto a la corrección y aclaración del laudo, la figura del complemento del laudo para suplir omisiones, art. 39. 1 c.

3.7. Acción de anulación

El Título VII trata de la anulación y de la revisión del laudo. Aquí, como principal novedad hay que destacar la supresión del clásico recurso de anulación contemplado en la legislación anterior, art. 45, y su sustitución por la *"acción de anulación"*, como proceso para impugnar la validez del laudo (arts. 40 al 42). No obstante, los motivos de anulación del laudo, siguen siendo tasados y no permiten, como regla general, una revisión del fondo de la controversia decidida en sede arbitral[21]. En esta ocasión, aunque el elenco de motivos y su apreciación de oficio o a instancia de parte se ha inspirado en la Ley Modelo, el legislador español ha ido más allá tomando una opción muy positiva en cuanto a expresar que los derechos de defensa de las partes pueden ser apreciados de oficio por el tribunal que conozca de la acción de anulación. Esta apreciación de oficio por el Tribunal es una solución que mejora a la contenida en la Ley Modelo de la Uncitral. Aspecto que hay que destacar por el esfuerzo que ha hecho el legislador español en adaptar la Ley Modelo pero superando en la medida de lo posible determinados aspectos que también en la Ley Tipo resultaban problemáticos.

Sin embargo, es una contradicción que, después de haberse establecido finalmente un plazo determinado para dictar el laudo, el art. 41 de la nueva ley no recoja, dentro de los motivos de anulación, que el laudo haya sido dictado fuera de plazo. Dicha irregularidad no da lugar a una acción de anulación de la sentencia arbitral y, en consecuencia, deja en manos de los árbitros la potestad de dictar el laudo en el tiempo que el estime conveniente, sin limite temporal alguno. En este punto, habrá que estar a la práctica arbitral para observar como se desarrolla este tema y qué respuesta dan los propios árbitros y los tribunales judiciales ante ésta imprecisión técnica.

3.8. Ejecución

El Título VIII regula la ejecución forzosa del laudo. Sobre el particular se ha articulado otra novedad consistente en la ejecución inmediata de los laudos. A partir de la nueva Ley las partes pueden proceder a la ejecución inmediata del laudo aún cuando éste sea objeto de una acción de anulación (art. 45. 1). Con ello se pretende acabar con una de las maniobras dilatorias más empleadas en la práctica dedicadas a aplazar la ejecución del laudo.

Finalmente, el Título IX, dedica el art. 46 a regular el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros realizando un reenvío expreso a los convenios internacionales en los que España es parte, en especial al Convenio de Nueva York, de 1958. Normativa que se aplica con independencia de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo ha sido dictado o no en un Estado parte del Convenio, dado que España, al igual que Italia, no ha formulado reserva alguna al mismo. En particular, como novedad en cuestión de competencia para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, destaca el art. 8.6 que establece que: *"Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el organo jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros"*. Dichos órganos jurisdiccionales serán, a partir de enero de 2004, los Juzgados y Tribunales de Primera Instancia[22].

4. Conclusiones

La nueva legislación española de arbitraje tiene una proyección internacional especialmente centrada en los países de habla hispana. Por ello, ha sido fundamental su adaptación a la Ley Tipo de la UNCITRAL, gracias a la cual la LA se ha llegado a equiparar con gran parte de las legislaciones arbitrales latinoamericanas y con otras leyes de arbitraje contemporáneas. Se ha logrado, pues, una Ley armonizada y moderna que logra actualizar el régimen del arbitraje en España, acabando con ciertos arcaísmos existentes en la anterior Ley de 1988. Por estos motivos, la LA 60/2003, merece, en su conjunto, una valoración crítica positiva y así ha sido avalada por los comentarios a la misma emitidos por la mayoría de la doctrina.

Entre los aspectos más innovadores y modernos de la Ley merece resaltar el refuerzo de la eficacia del convenio arbitral y su mayor flexibilidad formal. En consonancia con el criterio antiformalista, la nueva LA ha apostado claramente por las nuevas tecnologías aplicadas al arbitraje, simplificando las notificaciones, las comunicaciones y los plazos, de cara a procurar una mayor flexibilidad en el procedimiento arbitral. Ha potenciado, además, la autonomía de la voluntad de las partes, y ha incrementado la potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares que serán ejecutables como si de laudos se tratase. Asimismo, confiere una máxima autonomía e independencia a los árbitros frente a una mínima intervención de los tribunales de justicia en los procedimientos arbitrales. También, ha reconocido, por vez primera, el arbitraje internacional en España, instaurando, a su vez como primicia, el sistema monista, a partir del cual, la nueva Ley se aplicará por igual, salvo determinados preceptos, tanto al arbitraje interno como al internacional, promoviendo así la unidad de criterios en la aplicación y la práctica del arbitraje internacional. Se da preferencia, además, al arbitraje de derecho sobre el de equidad y prioridad al arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc*. Existe, también, la posibilidad de que el laudo arbitral pueda ser inmediatamente ejecutado aunque éste sea objeto de una acción de anulación.

Entre los arcaísmos a los que ha puesto fin, dos son los que más destacan. Finaliza con la obligación de protocolizar el laudo ante notario. Y, acaba, también, como se acaba de comentar, con la dicotomía entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad y con la obligación para los árbitros de decidir en equidad cuando las partes no hubieran dictado otra cosa. No obstante, estos dos avances no están exentos de críticas. En primer lugar, la nueva Ley no se ha llegado a desprender del todo del lastre *"protocolizador"*, ya que se sigue refiriendo a él y lo permite siempre que una de las partes lo solicite por considerarlo conveniente a sus intereses (art. 37. 8). En segundo lugar, se reitera que el dar siem-

pre preferencia al arbitraje de derecho sobre el de equidad es un aspecto que contradice la flexibilidad.

En todo caso, el balance final de la nueva Ley española de arbitraje es claramente favorable. Se trata de una buena ley que, sin duda, promoverá y facilitará el arbitraje nacional e internacional en España, propiciando su mayor eficacia como medio de solución de controversias, en especial con el área Latinoamericana. Sólo queda por esperar los resultados de su aplicación en la práctica.

Notas

* EL presente artículo se enmarca dentro del Proyecto de investigación de la URJC: Proyecto Precompetitivo PPR-2004-56, titulado: "Métodos alternativos de solución de conflictos", dirigido por la Dra. Marta Gonzalo Quiroga, quién quiere hacer constar su gratitud a D. Diego Pérez Ordonez.

1 Publicada en el *Boletín Oficial del Estado español*, BOE, núm. 309, de 26 de diciembre de 2003 (http://www.boe.es/boe/dias/2003-12-26/pdfs/A46097-46109.pdf). Entre sus redactores se encuentran los profesores VERDERA Y TUELLS y DÍEZ-PICAZO de la Universidad Complutense de Madrid, OLIVENCIA de la Universidad de Sevilla y MANTILLA-SERRANO de Shearman & Sterling.

2 Prueba de ello, las numerosas reformas acaecidas en los últimos años en los países latinoamericanos. México reformó su legislación arbitral en 1993, donde la reforma del Título IV, libro IV, del Ccom, de 22 de julio de 1993, dedicada al arbitraje comercial, se erigió como punto de partida en América Latina para desarrollar el arbitraje internacional, al adoptar casi de manera literal la Ley Modelo de la UNCITRAL. Guatemala en noviembre de 1995, mediante el Decreto 67-95 del Congreso de la República. En Perú, la Ley General de Arbitraje, de 3 de enero de 1996, Ley núm. 26572, derogó a la anterior Ley núm. 26572. Lo mismo ocurrió en Brasil, con la Ley de Arbitraje núm. 9.307 de 23 de septiembre de 1996, que entró en vigor el 23 de noviembre de 1996. Una nueva y moderna Ley de Arbitraje y Mediación rige en Ecuador desde el 4 de Septiembre de 1997, reemplazando a una ley especial que estuvo vigente desde el 28 de octubre de 1963. En Bolivia, la Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley núm. 1770 de 10 de marzo de 1997. En Costa Rica, la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social. Ley núm. 7727 de 1997. Y, en Paraguay, la Ley de Mediación y Conciliación, presentada el 6 de mayo de 1997. En Colombia, por el Decreto núm. 1818 de 1998, de 7 de septiembre, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. La Ley de Arbitraje Venezolana, publicada en la Gaceta Oficial número 36.430, de 7 de abril de 1998, contiene las normas jurídicas que rigen en la actualidad el arbitraje en Venezuela. La reforma en Panamá, tuvo lugar, gracias al Decreto Ley núm. 5, el 8 de julio de 1999; vid. al respecto, M. Gonzalo Quiroga, "Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, (RCEA), vol. XV, 1999, pp. 339-352.

3 Este es uno de los puntos que ha suscitado cierta controversia. Pese a que la mayoría de la doctrina ha emitido un juicio crítico favorable hacía la nueva Ley española de arbitraje, también coinciden en señalar que la técnica legislativa empleada para ello no ha sido la más adecuada. En este sentido, CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, *Valoración crítica de la Nueva Ley de arbitraje, Diario La Ley*, año XXV, núm. 5945, 2 de febrero de 2004, p. 14, versión electrónica in www.laley.net, y BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, in Diario La ley*, año XXV, nº 5978, 18 de marzo de 2004, p. 1.

4 Países que, unidos a los de otros ámbitos jurídicos, en la actualidad, son más de treinta. Todos ellos en la página web de la UNCITRAL: http://www.uncitral.org.

5 *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000; corr. de errores, *BOE* núm. 90, de 13 de abril.

6 En efecto, en los últimos años hemos sido testigos del peligro de una arbitrabilidad exacerbada que tiende a llevar los mecanismos propios de la institución arbitral a aquellos sectores en donde la justicia estatal se muestra ineficaz. Ello se ha dado en llamar el *"paroxismo" o la "banalidad"* del arbitraje por B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, París, 1998, p. 8. Sobre el particular, M. GONZALO QUIROGA, *Arbitrabilidad de la controversia internacional (en derecho de la competencia y condiciones generales de contratación: arbitraje internacional de consumo, seguros y trabajo)*, Granada, Alhulia, 2003, pp. 33-44.

7 Antes, en el art. 2. 1 de la Ley de arbitraje de 1988 se dictaba, a modo de lista dividida en tres apartados, una serie de materias sobre las que se impedía el arbitraje.

8 En relación con los problemas referidos a la deslocalización y al orden público en el arbitraje electrónico o arbitraje *on line*, M. GONZALO QUIROGA, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 45-50.

9 El arbitraje testamentario surgió por vez primera en el art. 5 de la LAP de 1953 para solucionar extrajudicialmente las diferencias que surgían entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia. La Ley de arbitraje 36/1988 se hizo eco del

Notas

mismo en el art. 7, redactado en términos similares que la anterior Ley de arbitraje, sólo que aquí se insistía en primer lugar en su carácter excepcional.

10 Las cuestiones que surjan en la administración de la herencia, de existir, van a ser previas a las que surjan sobre su distribución. En cada uno de esos momentos, sea la administración o la distribución, pueden plantearse cuestiones específicas concretas que no justifican su asimilación, cfr. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 614.

11 Solución propuesta por CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, *loc. cit.* p. 21.

12 Con ello se quiere evitar la costumbre de algunos países como EEUU y las corruptelas de otros que toleran que el árbitro "*ex parte*" tenga un alcance más allá de su mera designación y se comunique con la parte que lo ha elegido con el propósito de favorecerla según la marcha del procedimiento arbitral. Además, a partir del pasado 1 de mayo de 2004 se ha incluido la exigencia de independencia y neutralidad de todos los árbitros, incluso los nombrados por las partes, en el *Código Ético para Árbitros de Disputas Comerciales*, propuestos por la *American Bar Association* y por la *American Arbitration Association*. Práctica puesta de relieve por MULLERAT, *Principales innovaciones de la nueva Ley de arbitraje, Diario La ley*, año XXV, nº. 5999, 19 de abril de 2004, p. 3, nota 1.

13 Según A.Mª. LORCA NAVARRETE, *op. cit.*, en el Prólogo de su monografía: *"La Ley 60/2003, ha sido un acto legislativo de "entreguismo". Se ha "entregado" el arbitraje a unos profesionales (los abogados en ejercicio) que en la práctica han sido los máximos obstáculos para que finalmente no exista una cultura de arbitraje en España. Cuando un profesional no cree decididamente en el arbitraje "entregarle" la institución arbitral es asegurar su más atinado fracaso."*

14 *Cfr.* MULLERAT, *loc. cit.*, p. 5.

15 Cfr. GOMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Nueva Ley de Arbitraje, en Diario La Ley*, año XXV, núm. 5952, 11 de febrero de 2004, p. 2.

16 La consideración del principio de competencia-competencia como un principio de orden público transnacional del arbitraje se encuentra en M. GONZALO QUIROGA, "Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿utopía o realidad de un orden público transnacional?, RCEA, vol. XVIII, 2000-2001, pp. 83-123.

17 Para una visión sobre la práctica, *cfr.* MAGRO SERVET, *La adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral en la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, Diario La Ley*, año XXV, núm. 6000, lunes, 29 de abril de 2004, p. 5.

18 Reciéntemente, sobre las medidas cautelares en el ámbito internacional, *vid.* el trabajo de A.L. CALVO CARAVACA, *Medidas cautelares y arbitraje privado internacional, Diario La Ley*, año XXV, n. 6128, 16 noviembre 2004, pp. 1-13.

19 Sobre el procedimiento arbitral *vid.* la reciente monografía de CUCARELLA GALIANA, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje)*, Madrid, *Studia Albortiana*, 2004.

20 De acuerdo a la propuesta de GOMEZ JENE, *loc. cit.*, p. 3.

21 Un examen de dichos motivos en LORCA NAVARRETE, "Los Motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente Ley de Arbitraje", *Diario La Ley*, año XXV, núm. 6005, 27 de abril de 2004, pp. 1-24.

22 El novedoso e importante aspecto que aquí ha cambiado es el órgano competente para reconocer un laudo extranjero. 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 demasiado (entre año y año y medio). Sin embargo, gracias a la reforma del art. 955 de la LEC modificado por el art. 136 de la *Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, se establece que, ahora, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras corresponderá 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. Disposición coincidente con la modificación producida en el art. 85.5 *de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, (LOPJ)* por el artículo único, punto número once de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre: *"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".*

Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Jaime Rodríguez-Arana

I. Introducción

La preocupación por las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en particular, ha cobrado un especial relieve en los últimos años debido, en gran parte, a su consideración como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

Lo cierto es que en esta última década se ha producido un importante aumento de la justicia cautelar o provisional; aumento que seguramente tiene relación con la duración de los procesos jurisdiccionales.

El caso es que la tutela judicial efectiva de carácter cautelar se ha convertido en un hecho cotidiano en los Tribunales contencioso-administrativos españoles, actuando como un mecanismo para asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva y como remedio para que ésta, llegada a su ejecución, no resulte tardía.

En efecto, la potestad de los Jueces y Tribunales de adoptar medidas cautelares responde, como ha señalado el Tribunal Constitucional, "a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional" evitando que un posible fallo a favor de la pretensión "quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversibles de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento".

García de Enterría señala como auténtico hito de esta evolución el auto del Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que el ponente, el Prof. González Navarro, configura un auténtico derecho a la tutela cautelar, que se corresponde con un deber, por parte de la Administración y los Tribunales, de acordar la medida cautelar que resulte necesaria para asegurar el contenido de la resolución que finalmente se adopte. En este sentido, el Tribunal Supremo señalaba lo siguiente:

"los estrechos límites del artículo 122 de la LJCA tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución, derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar".

Esta concepción puede verse recogida en recientes sentencias del Tribunal Supremo como la de 7 de abril de 1997 que señala que la tutela cautelar forma parte de la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, no pudiendo eliminarse de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la eficacia de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en su momento.

Este mismo derecho se encuentra reconocido en el ordenamiento comunitario por el principio general al que alude la sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de julio de 1990, que se resume así: "la necesidad del proceso para obtener la razón no ha de convertirse en un daño para el que tiene razón".

Estas aproximaciones, superadoras de la estricta regulación legal anterior contribuyen a explicar el hecho de que la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa haya dedicado bastante atención a este asunto, en concreto, el Capítulo II del Título VI de la Ley, artículos 129 a 136.

Asimismo, toda la doctrina está de acuerdo en situar como un elemento clave a la hora de tratar el fundamento de las medidas cautelares en general, el problema de la lentitud en la resolución de los procesos jurisdiccionales. El artículo 24.2 de nuestra Constitución afirma claramente que "todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías..." por lo cual el retraso desproporcionado en la resolución de los procedimientos supone una grave conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de nuestra norma suprema, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 26/1983, al afirmar que "desde el punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva".

Básicamente, lo que se pretende es que la duración del procedimiento no altere el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes. Así el Tribunal Supremo ha señalado que el principio de efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional que ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto. La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto sobre todo porque la jurisprudencia, no lo olvidemos, es la constatación real de la solución justa a cada caso.

Las medidas cautelares, como es sabido, presentan una serie de caracteres que suscitan el consenso doctrinal entre los que pueden citarse: instrumentalidad, homogeneidad de

la medida cautelar con la medida ejecutiva; temporalidad y provisionalidad; variabilidad y jurisdiccionabilidad.

La instrumentalidad se refiere a que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, recurso que ha dado lugar al proceso y al hecho de que lo que se persigue es el mantenimiento de la situación inicial; es decir lo que el particular pretende es que las cosas vuelvan a su estado originario. Esta instrumentalidad aparece reconocida en el artículo 129 de la nueva Ley, del que se infiere que las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal y asimismo se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la resolución final, teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella.

Al respecto de la homogeneidad, Ortells ha señalado que: "las medidas que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de la misma que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquélla frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho".

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

Esta provisionalidad aparece muy claramente en dos casos: las medidas inaudita parte debitoris del artículo 135 y los supuestos de impugnación de inactividades administrativas o de actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho que el artículo 136.2 permite solicitar antes de la interposición del recurso para evitar la producción de daños irreversibles que harían que la medida perdiese su finalidad de instarse una vez iniciado el proceso.

Con la nota de variabilidad se quiere indicar que la permanencia o modificación de la medida cautelar esta siempre condicionada al mantenimiento de los presupuestos que justificaron su adopción.

La medida cautelar podrá ser reformada, si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores.

Esto es lo que establece el artículo 132.1 de la nueva Ley, el cual partiendo de la cláusula "rebus sic stantibus" afirma que las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hayan adoptado.

Esta "potestas variandi" se basa en una alteración del equilibrio de intereses en el que se fundamenta la adopción de la medida o en la propia desaparición sobrevenida de la necesidad de su existencia para garantizar la decisión final del proceso. Ahora bien, esta "potestas variandi" está sometida a las limitaciones establecidas en el artículo 132.2 de la Ley, ya que las medidas no podrán modificarse o revocarse en función de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de la cuestión litigiosa ni tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el órgano jurisdiccional aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Estas dos excepciones pretenden evitar que la modificación de la medida pueda parecer que se trata de una pura decisión subjetiva completamente desvinculada de la aparición de nuevas circunstancias que deberán ser alegadas por las partes. En definitiva, las medidas cautelares no producen el efecto de cosa juzgada y son, por ello, modificables siempre que se produzca una variación de las circunstancias de hecho.

En cuanto a la jurisdiccionalidad, puede señalarse que está implícita en las notas anteriores puesto que significa que la adopción de la suspensión compete al órgano jurisdiccional que este conociendo el proceso principal ya que, según dispone el artículo 117.3 de la Constitución, solo a los órganos jurisdiccionales les corresponde el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

II. Rasgos esenciales del régimen de las medidas cautelares en la nueva ley

La nueva Ley pone de manifiesto el insuficiente tratamiento que las medidas cautelares recibían en la anterior regulación, regulación que fue ampliamente desbordada por la jurisprudencia y la práctica procesales.

La nueva Ley actualiza la regulación anterior en cuestiones tales como el establecimiento de una regulación común a todas ellas, cualquiera que sea su naturaleza o la ampliación de los tipos de medidas posibles.

La Ley opta así por una cláusula abierta que permita adoptar en cada caso concreto la medida que sea idónea para cumplir su función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que se solicita. La Ley ha seguido así el criterio del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo un genérico derecho a solicitar cualquier medida cautelar y no establece límites de ninguna clase ni en cuanto al tipo de medida que puede solicitarse y adoptarse ni en cuanto a los supuestos de hecho frente a los que procede su adopción ni tampoco en cuanto a los efectos que estas medidas puedan tener, optando por un régimen de gran flexibilidad, con dos únicos límites en los artículos 130.2 y 133.1, a los que me referiré posteriormente.

En este sentido, la innominatividad de las medidas cautelares resulta ser muy importante para el administrado y acorde con el artículo 24 de la Constitución y en consonancia con una concepción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cada vez menos revisor y más tendente a conocer del conjunto de pretensiones que puedan suscitarse frente a la actuación u omisión de la Administración.

Así, entre las medidas anteriormente no previstas y que ahora quedarían cubiertas con la nueva regulación, pueden citarse las condenas cautelares de hacer o no hacer, las medidas consistentes en la provisión anticipada de una deuda en caso de negativa injustificada de la Administración o la anotación preventiva de demanda sobre bienes inmuebles en materias urbanísticas.

III. Las medidas cautelares en la nueva ley

a) Presupuestos de las medidas

La doctrina ha señalado tradicionalmente tres elementos como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares; estos son: el "periculum in mora", el "fumus boni iuris" y la fianza. De los tres, el único que contemplaba la legislación anterior (art. 122) era el "periculum in mora", esto es, peligro que se deriva de la inmediata ejecución del acto administrativo en conjunción con el necesario transcurso del tiempo de cara a resolver el incidente cautelar. El Tribunal Supremo, para la apreciación de los daños a perjuicios que ocasiona la ejecución del acto administrativo, ha recurrido tradicionalmente al criterio de la ponderación entre los intereses públicos y privados en juego.

A este respecto, como señala Fenor de la Maza la nueva regulación (sobre todo el artículo 130) no parte de la prevalencia del interés público, sino de la ponderación de "todos los intereses en conflicto" que se comparan a efectos de que el Juez al Tribunal decida sobre la procedencia o no de la suspensión.

Es decir, continúa Fenor, la "ejecutividad del acto" no puede de tal forma alegarse en el proceso, unida a la presunción de validez "iuris tantum", como motivo de oposición a la práctica de la medida cautelar, sino que, la prevalencia de un "interés público" en colisión con otros intereses públicos o privados en conflicto debe justificarse (en el propio procedimiento incidental-cautelar) en circunstancias determinantes de su "preponderancia" y de su "grave perturbación" en el caso concreto.

Por su parte, la consideración del "fumus boni iuris" en el proceso contencioso-administrativo se ha ido introduciendo en la jurisprudencia a partir del año 1990.

En virtud de la aplicación del "fumus boni iuris" es posible valorar con carácter provisional las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 inaugura en nuestro Derecho (siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto Factortame) una nueva corriente jurisprudencial sentando la siguiente doctrina fundamental para nuestro estudio:

"una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo permite descubrir cuando se lea desde esa atalaya que es el artículo 24 de la Constitución, que aquel principio del derecho comunitario estaba ya latente, escondido, en nuestro ordenamiento, y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos -que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano- permite hacer patente".

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo considera que para conceder la tutela cautelar el elemento que hay que analizar del "fumus boni iuris" es la alta dosis de razonabilidad entendida como "razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón" y de otra que existen "dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa".

Este criterio de la apariencia de buen derecho se hallaba incluido en el art. 124.2 del Proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes. Sin embargo, la redacción final de la Ley ha omitido referencia a la misma, al optar por acoger la fórmula del artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con ello, la medida cautelar podrá adaptarse -dice el artículo 130- previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso y podrá denegarse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La pérdida de finalidad del recurso ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, en relación con el recurso de amparo, en el sentido siguiente: conceder la suspensión cuando la ejecución del acto, conlleve unos efectos que impidiesen la efectividad del amparo en caso de ser otorgado teniendo presente que la efectividad de la actuación no impida que las cosas pudieran ser devueltas al estado en que se hallaba antes de la ejecución.

No obstante, a pesar de la ausencia de referencias explícitas a la apariencia del buen derecho, parece que ha de considerarse que el órgano jurisdiccional, como ha establecido la jurisprudencia más reciente, no puede abstenerse de tener presente este presupuesto, ya que no hay nada que se lo impida en la nueva regulación aunque, es claro, no es criterio determinante y una consagración en la letra de la ley introduciría un peligroso elemento interpretativo que podría hacer perder a la medida cautelar su naturaleza provisional.

Por otra parte, la medida cautelar, como ya hemos tenido ocasión de examinar, se adopta para garantizar la eficacia de la sentencia frente al "periculum in mora"; sin embargo, es evidente que estas mismas medidas pueden a su vez provocar perjuicios que deben ser evitados. Ahora bien, la preservación de los intereses en conflicto, exigidos por el derecho a la tutela judicial efectiva, se opera a costa del titular que se beneficia de la medida, a través de la contracautela.

Ése es el fundamento último de la regulación del artículo 133 de la Ley, que parte de una consideración amplia de las medidas que pueden adoptarse al establecer que serán "las adecuadas para evitar o paliar los perjuicios", si bien la medida típica por excelencia es la caución.

La caución impuesta al demandante pretende, dentro de una mínima prudencia judicial compensar a la Administración de los daños que pueda causar la inevitable incerti-

dumbre que provoca, para ambas partes, el fallo de toda sentencia en relación con la determinación de quien se va a alzar con la razón.

A este respecto, la Ley amplía las posibilidades de constituir caución pues, frente a la regulación de 1956 que exigía su constitución "en metálico o fondos públicos, depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincias o en las de las Corporaciones locales respectivamente; o mediante aval bancario", la nueva Ley dice que podrá constituirse "en cualquiera de las formas admitidas en Derecho", sin limitación alguna.

La caución se instrumenta como una carga procesal y "conditio iuris" de la eficacia de la propia medida cautelar, como señala Fenor de la Maza, ya que la medida cautelar acordada -dice el 133.2- no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos. A ello se añade la propia afección de la caución, durante un año, al abono de los daños que la práctica de la medida hubiese podido originar conforme a principios similares a los que rigen la responsabilidad extracontractual ya que -como establece el art. 133.3- "levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud en dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho se cancelará la garantía constituida".

De esta forma, sigue diciendo Fenor de la Maza, no constituye obstáculo para la adopción y práctica de cualquier clase de medida cautelar, presupuesta su necesidad para evitar la preservación del interés preponderante, la eventual causación de daños o perjuicios irreparables o de muy difícil reparación u otros intereses concurrentes en conflicto, pues éstos encontrarán su garantía en todo caso en la mayor extensión de la caución.

b) Procedimiento

La pretensión de adopción de una medida cautelar se configura, de acuerdo con el artículo 131, como un incidente cautelar sustanciado en pieza separada y que será resuelto en un plazo breve, 15 días, precisamente por que lo que se trata de conseguir con el mismo es asegurar los efectos del proceso.

En los artículos 129 a 136 se especifican algunos aspectos concretos del régimen de las medidas cautelares. Entre estos pueden citarse los siguientes:

- Adopción en cualquier momento del proceso (artículo 129), si bien con dos excepciones para el caso de disposiciones generales la petición habrá de efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda, y para el caso de inactividad de la Administración y vía de hecho cabe la posibilidad de solicitarlas antes de la interposición del recurso. Esta libertad de petición, siempre que no haya recaído sentencia firme, amplía de una manera plausible las posibilidades de apreciar los eventuales perjuicios que puedan derivarse a lo largo del proceso por la prematura ejecución de los actos impugnados.
- Audiencia de la parte contraria (artículo 131). Para el caso de que la misma sea una Administración Pública, la Ley trata de salvar la falta de personación de la Administración demandada estableciendo que la audiencia a la parte se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.
- Comunicación de la adopción de la medida al órgano administrativo que hubiese dictado el acto (artículo 134), el cual deberá ordenar su publicación en el diario oficial si la suspensión se refiere a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.
- La medida de suspensión es inmediatamente ejecutiva (artículo 134), siendo aplicable la regulación prevista para la ejecución de sentencias, de modo similar a como la hacía el artículo 125 de la Ley de 1956.
- Posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionalísimas (artículo 135).

Con el término medidas cautelares provisionalísimas se conoce la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, mientras se sustancia el incidente de suspensión, a fin de preservar la efectividad de la resolución que pueda recaer.

Esta posibilidad tiene su origen en dos autos bien conocidos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993. En estas resoluciones se declara la aplicación supletoria de las medidas cautelares atípicas o innominadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la disposición adicional sexta de la Ley de 1956 y se concluye en la posibilidad de acordar la medida de suspensión con carácter provisionalísimo, incluso "inaudita parte", cuando su eficacia así lo exija, entre tanto se tramite y resuelva sobre la medida cautelar definitiva en la correspondiente pieza de suspensión. Los presupuestos a los que ha de atenerse el Tribunal para acordar la suspensión, según el Tribunal Supremo, son los propios de la suspensión ordinaria; es decir, la ponderación de intereses, la apariencia de buen derecho, la nulidad del acto, la irresponsabilidad de los perjuicios, el quebranto para los bienes públicos... etc. Estas excepciones al principio contradictorio ya se recogen en el derecho comunitario (artículos 83 y 84 del Reglamento de Procedimiento del TJCE de 1991) y pueden encontrar su fundamento en la tutela judicial efectiva que exige la propia efectividad o utilidad del procedimiento cautelar.

Los rasgos más destacados de esta medida son los siguientes:

- La posibilidad de adoptar la medida "inaudita parte", si bien se reconoce un cierto carácter contradictorio a la adopción de las medidas instaurándose la audiencia de parte afectada en el breve plazo de tres días, atemperando así un tanto la inicial formulación jurisprudencial.
- Se prevé, asimismo, la posibilidad de modificación o levantamiento de las medidas provisionalísimas ya que no ha de olvidarse el carácter accesorio e interdependiente de estas medidas, determinante de la confirmación o en su caso revocación o modificación de las mismas; así, se levantarán las medidas si no se adoptó acuerdo de suspensión o de práctica de otra medida cautelar, se modificarán para adaptarlas a la propia intensidad de la medida cautelar adoptada, conforme a los principios de congruencia o proporcionalidad, o se confirmarán en el propio auto que ponga fin al incidente.

c) Supuestos especiales

Por las especiales características la actuación administrativa adquiere en determinadas situaciones la Ley ha distinguido una serie de especialidades en varios supuestos:

1) Impugnación de una disposición general.

En este caso, si los interesados quieren solicitar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados habrán de hacerlo en el escrito de interposición o en el de demanda. Lo que se persigue con esta actuación es evitar la consolidación de situaciones firmes e irreversibles durante el tiempo de litispendencia del proceso dirigido a obtener la declaración de nulidad de la disposición general ya que ello podría conllevar limitaciones para el fallo.

De todo lo anterior se deduce que el Tribunal competente para adoptar la medida es el que lo sea para conocer del recurso directo o de la cuestión de ilegalidad puesto que solo a través de estos dos procedimientos puede atacarse la vigencia de los preceptos de una disposición general.

2) Actos de contenido negativo.

En relación a los actos de contenido negativo como expone Escudero, la solución que tradicionalmente ha venido ofreciendo el Tribunal Supremo ha sido la denegación de los mismos.

Del análisis de la jurisprudencia se deduce que solamente se otorga la suspensión en los supuestos en los que un determinado acto suponga la clausura de una actividad industrial o un negocio en los que se podrían producir perjuicios o daños de imposible o difícil reparación. En todos los demás casos, el alto Tribunal estima que resulta improcedente la suspensión de actos administrativos de contenido negativo puesto que, en caso contrario, por vía cautelar se produciría el otorgamiento de lo pedido en vía administrativa lo que no se ajusta a la naturaleza de la suspensión solicitada para mantener la situación anterior al acto impugnado y no para crear una situación jurídico nueva por esta vía.

No obstante esta línea jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha acordado en algunas ocasiones (autos de 21 de marzo de 1991 y 29 de marzo de 1993) la imposición a la administración de una determinada conducta, como medida cautelar durante el proceso de impugnación de un acto administrativo negatorio.

Con la nueva regulación, que admite la posibilidad de solicitar medidas cautelares en los casos de actos, disposiciones, actividad de la Administración y vía de hecho y amplía las medidas a adoptar a otros supuestos distintos de la suspensión parece que hay que estimar, con González Navarro, la inexistencia de limitación alguna derivada de la naturaleza de la actuación que motiva el proceso.

3) Inactividad de la Administración y vía de hecho.

Para estos supuestos el artículo 136 de la Ley establece una presunción favorable a la adopción de la medida cautelar; presunción que sólo puede destruirse mediante la comeditación de la acreditación de la situación o perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Además, el apartado 2 de este mismo artículo, reconoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares con anterioridad a la iniciación del proceso sometidas a la condición de petición de notificación por el interesado al interponer el recurso, interposición que deberá realizarse en el plazo de diez días desde la adopción de las medidas cautelares.

4) Actos que afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas

La Ley regula en el Capítulo I del Título V (art. 144 a 122) el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas, en desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución.

A los efectos que ahora interesan, lo más destacable es la supresión de la suspensión prevista en el ya derogado artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Este precepto establecía la suspensión del acto impugnado salvo que se justificara la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Sin embargo, pese a la dicción literal del precepto, la jurisprudencia terminó exigiendo los requisitos ordinarios para adoptar la medida cautelar de suspensión.

Así, en este aspecto concreto, la Ley recoge una práctica jurisprudencial ya consolidada y no hace mención alguna en la regulación de este procedimiento a medidas cautelares específicas por lo que se aplicará el régimen general. En este sentido, el legislador parece considerar que la brevedad de los plazos de este procedimiento especial hace que no sea necesario establecer regulaciones específicas en materia de medidas cautelares.

5) El caso especial de la suspensión de acuerdos de corporaciones o entidades públicas

Al amparo del artículo 111 de la ley 30/1992, todo acto administrativo puede ver suspendida su ejecutividad al ser impugnado en vía administrativa. Estas resoluciones son de carácter administrativo y no están relacionadas con la suspensión cautelar acordada en vía jurisdiccional y regulada en los artículos 129 y siguientes de la Ley.

De este mismo carácter administrativo participa la suspensión previa de acuerdo de Corporaciones o Entidades públicas prevista en el artículo 127 de la Ley. Esta medida ya estaba contenida en nuestro ordenamiento (artículo 67 de la Ley de Bases de Régimen Local) y, la nueva Ley la recoge extendiendo su aplicación no solo a las entidades locales sino también a los actos y acuerdos de cualquier entidad pública siempre que dicha posibilidad esté expresamente prevista por las leyes.

IV. Conclusiones

La exposición de motivos de la Ley destaca la atención que la norma presta a las medidas cautelares ampliando su

tipología anteriormente limitada únicamente a la suspensión. Por ello, la Ley parte de una regulación análoga a todas las medidas cautelares con independencia de cual sea su naturaleza con el criterio de adopción de que la ejecución del acto a la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad al recurso, pero siempre sobre la base de la ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Por ello, como señala la exposición de motivos, la suspensión ya no puede ser la única medida cautelar posible por lo que es el Juez o Tribunal el que debe valorar la adopción de las que, según las circunstancias, fuesen necesarias.

Como corolario de todo lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que el texto de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es un serio intento de encontrar un equilibrio -siempre inestable- entre las ejecutividad de la actuación administrativa y el respecto a los derechos de los ciudadanos. Para ello, se pone en manos de los jueces un instrumento -la aplicación de medidas cautelares- enmarcado en sus propias facultades para valorar la apariencia de legalidad de la actuación administrativa y ponderar los intereses -todos ellos, públicos y privados- en presencia.

Notas

* El autor agradece a Ignacio García Magarzo, Administrador Civil del Estado, su valiosa colaboración para la realización de este trabajo.

Institucionalismo y sistemas de gobierno en América Latina: La *Escuela de Heidelberg* y su enfoque histórico-empírico

Richard Ortiz Ortiz

Para iniciar

Los dos enfoques institucionales básicos que se enfrentaron en el debate sobre el presidencialismo, sus diversas concepciones de investigación empírica, causalidad social y sus consecuencias prácticas para la consultoría política, se analizan en el marco de las nuevas corrientes institucionales. Los enfoques neoinstitucionales asignan a las instituciones una fuerza vertebradora en la vida social, pero al mismo tiempo ponen énfasis en el carácter contingente de los efectos institucionales. Asimismo, se parte del supuesto de que las instituciones no afectan directamente los procesos y resultados políticos, sino que establecen corredores y restricciones para la acción de los actores políticos. La *Escuela de Heidelberg* ("Heidelberger Schule") resalta además –con referencia a las democracias no consolidadas– la necesidad del análisis contextual y de la evaluación de los factores institucionales en relaciones causales complejas.

1. Introducción[1]

En el debate sobre la importancia de las instituciones para la estabilidad política en América Latina, la forma de gobierno (*presidencialismo vs. parlamentarismo*) fue el blanco de la disputa académica. En la discusión sobre el presidencialismo se enfrentaron dos posiciones contrapuestas que representan dos formas diferentes de valorar el peso de las variables institucionales (véase Linz 1990; Linz-/Valenzuela 1994; Valenzuela 1998; Nohlen 1991, 1991a; Nohlen/Fernández 1991, 1998). La naturaleza diversa de estos dos enfoques y sus implicaciones teóricas, metodológicas y prácticas se pueden entender muy bien en el marco del desarrollo de la teoría institucional, es decir, del paso del institucionalismo clásico a los enfoques neoinstitucionales.

Con este trasfondo, se tratarán en este ensayo los siguientes aspectos: primero, se presentarán someramente los diferentes enfoques neoinstitucionales. Luego se describirá a la *Escuela de Heidelberg* ("Heidelberger Schule")[2] y su enfoque histórico-empírico a la luz de los nuevos enfoques institucionales. Posteriormente se hará un balance del debate sobre el presidencialismo comparando el enfoque deductivo-normativo con el institucionalismo contextualizado. Este trabajo concluye con un resumen de las ventajas de la investigación contextual.

2. Los nuevos enfoques institucionales en la ciencia política

La ciencia política tiene sus raíces en el estudio y diseño institucional (Peters 2003: 13). En efecto, el análisis de la realidad política desde la antigüedad griega comenzó con el estudio del orden institucional, en busca de la mejor organización estatal. El interés y objeto del conocimiento de la perspectiva clásica estaban dirigidos hacia la descripción de las instituciones del Estado, a la compresión de sus relaciones mutuas y a su clasificación y evaluación según los criterios del buen gobierno y del bien común. Sus motivaciones eran, por tanto, predominante normativas.

El institucionalismo clásico fue masivamente criticado por su concepción simplificada y legalista de la realidad.[3] Con la "revolución conductista" y los enfoques macro-estructurales, los estudios institucionales fueron marginados de la investigación social y política. El renacimiento del institucionalismo se puede entender, en cambio, como la reacción frente a los excesos del movimiento conductista, que reducía los fenómenos y los procesos políticos a las decisiones individuales.

El neoinstitucionalismo no es un enfoque uniforme. Esa denominación alberga varias mezclas de elementos teóricos y metodológicos. Básicamente se distinguen tres variantes neoinstitucionales: (1) el enfoque sociológico, (2)

el enfoque de la elección racional (*rational choice*), y (3) el enfoque histórico (véase Hall/Taylor 1996; Kato 1996).[4]

2.2 El institucionalismo sociológico

El institucionalismo sociológico surge de la crítica a los enfoques conductistas y utilitaristas. March y Olsen (1984), precursores del institucionalismo en ciencias políticas, critican las contradicciones evidentes entre los presupuestos conductistas y las observaciones empíricas: "lo que observamos en el mundo es inconsistente con la manera en la cual las teorías contemporáneas nos hablan de ellas [trad. R.O.]" (1984: 747). March y Olsen resumen de la siguiente manera los principales supuestos del nuevo institucionalismo: "El nuevo institucionalismo acentúa la autonomía relativa de las instituciones políticas, la posibilidades de la ineficacia en la historia, y la importancia de la acción simbólica para entender la política [trad. R.O.]" (March/Olsen 1984: 734).

Este enfoque institucional considera la importancia de los factores institucionales para la reproducción de las organizaciones, así como el significado de las normas, símbolos, patrones morales y rutinas para la percepción e interpretación de los procesos sociales y políticos. Para esta variante institucional, los actores están encajados en estructuras institucionales que influyen en sus preferencias, percepciones del mundo y en su propia identidad. Las instituciones proveen a sus participantes de sistemas de significación y de una "lógica de lo adecuado" (*logic of appropriateness*) que define qué comportamiento es apropiado para los miembros de la institución y cuál no. Los actores disponen solamente de una racionalidad limitada (*bounded rationality*), que restringe el margen para la percepción y las decisiones (March/Olsen 1984, 1989).

El enfoque sociológico destaca el significado de los *procesos de aprendizaje* como medios del ajuste y la supervivencia de las instituciones. El supuesto básico es que la estabilidad de una institución depende de su capacidad para reconocer los cambios de su entorno y adaptarse a esas modificaciones ambientales (véase Peters 2003: 57s.). En relación a esa tesis, es importante anotar que es muy limitado el margen de ajuste para las instituciones democráticas, pues el simple ajuste al "entorno" podría poner en peligro la naturaleza misma de estas instituciones, dejando de cumplir sus objetivos básicos. Las instituciones políticas no pueden limitarse a reproducir el cambio del entorno, pues ellas tienen también la función de dirigir y administrar los cambios del ambiente estructural.

La contribución más importante del institucionalismo sociológico es el "redescubrimiento" de los aspectos institucionales y, por lo tanto, de los factores estructurales y organizativos del comportamiento político (Peters 2003: 67). Lo criticable es el concepto de instituciones extremadamente amplio y vago. Además, Mayntz y Scharpf (1995: 45s.) reprochan a los representantes de este enfoque que la "lógica de lo adecuado" es en esencia determinista, ya que no sólo las normas del comportamiento adecuado, sino también las directrices cognitivas y simbólicas están incluidas en el término institución y, de ese modo, no queda ningún margen de acción libre a los actores sociales y políticos.

2.3 Institucionalismo de la elección racional

En la teoría económica clásica, las instituciones no tenían ninguna importancia, puesto que "en un mundo de completa información no se necesita de instituciones [trad. R.O.]" (North 1992: 69). Pero las dificultades para explicar por qué los individuos cooperan y por qué se producen resultados ineficientes, provocaron la "humanización" del *homo oeconomicus*[5] y la necesidad de considerar las restricciones institucionales de los individuos.

Según este enfoque, las instituciones surgen de la acción racional de los actores, los cuales buscan los arreglos institucionales con los costes de transacción más bajos. Las instituciones poseen un efecto estabilizador, hacen predecible el comportamiento y con ello posibilitan la interacción entre los actores políticos. Al respecto Przeworski (1991: 11ss.) afirma que las instituciones democráticas proveen a los conflictos políticos con una *perspectiva de largo plazo*, porque permiten a los actores representar sus intereses tanto en el presente como en el futuro. La estabilidad de la democracia, según Przeworski, depende del hecho de que ninguno de los actores relevantes llegue a la convicción de que fuera del marco institucional puede realizar mejor y con menos costes sus objetivos (equilibrio de Nash[6]).

El institucionalismo de la decisión racional ofrece una manera clara de modelar las relaciones entre actores y restricciones institucionales, ya que para esta variante las instituciones influyen en las estrategias de los individuos mediante la manipulación de los incentivos existentes. Pero este enfoque descuida otros factores estructurales y culturales que distorsionan tanto las preferencias de los individuos como sus decisiones. Las acciones de solidaridad, la alta estandardización de los objetivos y de las preferencias de los actores no pueden ser explicadas con este enfoque de manera satisfactoria. Al igual que en la variante sociológica, la dimensión histórica también es descuidada por este enfoque, pues está dispuesto a sacrificar las especificidades empíricas por generalizaciones universales abstractas (Thelen 1996: 372; Peters 2003: 96s.).

2.4 Institucionalismo histórico

La premisa central de esta variante neoinstitucional es que la organización institucional es el principal factor que estructura el comportamiento social y produce resultados particulares. Partiendo del supuesto de que la lucha por los recursos escasos entre los grupos rivales está en el centro de la actividad política (Hall/Taylor 1996: 937), este enfoque hace referencia a las diversas variaciones de resolución de conflictos nacionales que se reflejan en el respectivo marco institucional del sistema político respectivo, sobre todo en la relación entre Estado y sociedad. A diferencia del enfoque sociológico, se destaca que la acción e interacción de los actores de modo alguno están determinadas estructuralmente. La acción de los actores y la estructura se consideran dimensiones que se influyen recíprocamente (Kaiser 1999: 197).

Según esta variante neoinstitucional, la formación de las instituciones va acompañada de consecuencias no intencionadas, las cuáles no pueden ser previstas completa-

mente por los actores debido a la alta incertidumbre que define el cambio institucional. El cambio institucional se produce generalmente durante crisis históricas agudas que abren nuevas posibilidades en la "dependencia del rumbo"[7].

El institucionalismo histórico no se ha ocupado directamente de la cuestión de la estabilidad política; su objeto de estudio es el desarrollo de ciertas políticas económicas desde una perspectiva histórica y comparativa. Este enfoque considera a las instituciones estructuras estables de la realidad histórica, cuya transformación depende de las decisiones del pasado (dependencia del rumbo). Según los institucionalistas históricos, se puede explicar la *inercia institucional* por tres factores: (1) puesto que las instituciones establecen posiciones que privilegian a ciertos actores, estos actores estabilizan la estructura existente en su esfuerzo para mantener sus privilegios; (2) debido a que el flujo de información es incompleta e imperfecta, los costes del cambio y la distribución de los beneficios futuros son difíciles de determinar, por ello los actores tienden a mantener lo conocido; y, (3) los actores temen perder en el proceso de renovación institucional el conjunto de expectativas conocidas y la información acumulada bajo las arreglos institucionales conocidos. De ello se puede deducir que puede haber grupos o actores en la sociedad que perciben la introducción y la consolidación de las reglas democráticas como un peligro para sus privilegios establecidos o para su modo de vida y "tradiciones" y, por ello, bloquean el desarrollo político o menoscaban el contenido democrático de las instituciones políticas.

Aunque el enfoque histórico enfatiza el proceso histórico del surgimiento de las instituciones y su empotramiento en un contexto concreto, se critica que no puede explicar adecuadamente el cambio institucional; pues para este enfoque las instituciones son, en principio, estables. Además, se reprocha su manera de proceder sumamente descriptiva (*storytelling*), lo que dificulta la generalización y la elaboración teórica. Y, aunque se acentúan los procesos históricos, el institucionalismo histórico está afectado de cierto determinismo, porque sugiere que los procesos políticos se pueden explicar simplemente a partir de las configuraciones institucionales presentes y pasadas (véase Thelen/Steinmo 1992: 12ss.; Peters 2003: 117s.).

3. La Escuela de Heidelberg y su enfoque histórico- empírico

De lo hasta aquí expuesto se podría deducir, por un lado, que después del ocaso del viejo institucionalismo, diversas orientaciones teóricas intentaron recuperar y enfatizar la influencia de las instituciones en la esfera social y política; por otro lado, que es evidente que el neoinstitucionalismo –como ha sido hasta aquí discutido– en modo alguno es una reformulación de las cuestiones clásicas de la Doctrina General del Estado.

El renacimiento de la investigación de la dimensión formal-institucional de la política (*polity*) y de su significado para los procesos y los resultados políticos, se produjo en el contexto del análisis comparativo de los sistemas políticos. Allí las instituciones son tratadas como una variable entre varias y según el problema de investigación como variable dependiente o independiente (Beyme 2000: 103). Este desfase en el estudio institucional fue ignorado por muchos de los investigadores que se dedicaron al análisis de los procesos de transición y consolidación democrática en el tercer mundo. A pesar de los aportes teóricos de las variantes neoinstitucionales, se han seguido realizando investigaciones que se sirven más bien de categorías analíticas y postulados del viejo institucionalismo.

En lo que sigue, se presenta el enfoque histórico-empírico de la *Escuela de Heidelberg*. Esta variante neoinstitucional comparte algunos aspectos con los enfoques hasta aquí analizados, especialmente con la variante histórica. Se intentará mostrar también las ventajas analíticas de la investigación contextual para evaluar comparativamente el funcionamiento de los arreglos institucionales.

3.2 Premisas epistemológicas y teóricas

El enfoque histórico-empírico[8] asienta sus cimientos epistemológicos y teóricos en el trabajo del sociólogo alemán Max Weber. Este enfoque ha sido utilizado y perfeccionado por la *Escuela de Heidelberg* en Alemania.[9] Los ejes programáticos básicos sobre los que gira la argumentación histórico-empírica son: (1) el tratamiento cuidadoso de los conceptos, (2) el análisis de los fenómenos políticos en su contexto[10] respectivo, (3) el empleo sistemático del método comparativo, (4) una concepción de causalidad social compleja, y (5) la consideración de las contingencias históricas. Este enfoque aboga por una solución intermedia entre la individualización empírica y la generalización teórica, es decir, entre el conocimiento profundo de los casos de estudio y la formulación de proposiciones teóricas universales (Nohlen 1999, 2003, 2004; Nohlen/Thibaut 1994: 195).

El institucionalismo histórico-empírico es, sin embargo, un enfoque abierto al aporte de otros métodos de investigación (*pluralismo metodológico*). Los diversos enfoques "en el análisis histórico-empírico no se contraponen ni se piensan como excluyentes [trad. R.O.]" (Nohlen/Kasapovic 1996: 160). No obstante, el método comparativo tiene una posición privilegiada en este enfoque. El método comparativo es empleado en su función del examen sistemático de hipótesis con el propósito de elaborar proposiciones teóricas provisionales de alcance medio, pero que gozan de una mayor validez externa (Nohlen 1999, 2003; Nohlen/Thibaut 1994).

La investigación histórico-empírica es, por ende, *cualitativa e inductiva*. La observación atenta de la realidad determina la elaboración teórica y su desarrollo. Para el análisis comparativo es de gran importancia el trabajo conceptual, la descripción precisa y la clasificación (Nohlen 1994, 2003). Las definiciones deben tener un alto componente empírico y reflejar las especificidades de los fenómenos que se estudian, en el sentido de que las diferencias deben dominar sobre los aspectos comunes (Nohlen/Kasapovic 1996: 12). Una buena descripción y el desarrollo de clasificaciones y tipologías son la base para una explicación causal fundamentada.

Para la *Escuela de Heidelberg*, la causalidad social es concebida como "circular y recíproca, es decir que los efectos influyen en las causas; también es relativa en el sentido de que en una determinada relación causal [...] la participación de los factores en lo que es causa y efecto, puede variar constantemente [trad. R.O.]" (Nohlen 2004a: 70s.). Para el análisis causal es indispensable, por ende, percibir las relaciones recíprocas entre las variables, pues de ello pueden resultar otros factores cuyos efectos se le atribuyen a la supuesta variable dependiente (*causalidad recíproca*) (Nohlen/Kasapovic 1996: 37).

A la concepción circular de causalidad se suma el estudio de la *dimensión genética* de los procesos y resultados políticos. El análisis de esta dimensión permite reconocer las continuidades y discontinuidades de las configuraciones institucionales, sus distorsiones y cambios radicales. El descuido de esa dimensión puede conducir a confundir causa con efecto o viceversa. En consecuencia, se deben tener en cuenta las condiciones bajo las cuales surgieron los arreglos institucionales, dado que esos factores y el contexto constituyen las condiciones decisivas para el funcionamiento específico de las instituciones (dependencia del rumbo) (véase Nohlen 1981, 1999, 2003, 2004, 2004a).

La consecuencia lógica de esta causalidad social compleja, es la convicción de que una determinada cantidad de factores, su combinación y su interacción en un contexto concreto, pueden explicar de manera más acertada un fenómeno político dado y, por lo tanto, su generalización es limitada (*causalidad coyuntural y contingente*)[11]. En el proceso de investigación se trata, por tanto, de determinar y sopesar el valor relativo de cada una de las variables relevantes que configuran la variable dependiente, y no reducir la complejidad social a explicaciones monocausales.

En el nivel operativo, el enfoque de la *Escuela de Heidelberg* parte de que las alternativas de reforma institucional realizables son limitadas y que el margen para la ejecución de reformas es estrecho. Por ello propone un ajuste gradual de las instituciones existentes considerando las estructuras de poder existentes y los recursos disponibles en cada sistema político (Nohlen 2003: 21). El enfoque histórico-empírico es, por tanto, prudente en la consultoría política. Esa actitud está respaldada por el hecho de que nuestro conocimiento sobre los diversos efectos institucionales es muy limitado e imperfecto; y, en consecuencia, el riesgo, de que las manipulaciones institucionales conduzcan a resultados inesperados, contradictorios e incluso perversos, es demasiado grande (véase Rothstein 1996: 155).

Este conjunto de reflexiones teóricas y metodológicas de los investigadores de Heidelberg, ha desarrollado un *enfoque integrador con una perspectiva institucional*, adecuado para el estudio del funcionamiento de las instituciones en contextos concretos y cambiantes.

3.3 Institucionalismo contextualizado

Dieter Nohlen (1999, 2002, 2003) denomina también *institucionalismo contextualizado* al enfoque histórico-empírico en sus estudios sobre sistemas electorales y partidos políticos, con el fin de remarcar la importancia de las variables de contexto para el funcionamiento de los arreglos institucionales. Este enfoque institucional combina varios elementos de las variantes básicas. El rescate del valor de las instituciones, la concepción de una racionalidad limitada, la importancia de los intereses de los actores en el surgimiento y cambio institucional, la consideración de las asimetrías de poder y la noción de la "dependencia del rumbo", son aspectos que el institucionalismo contextualizado trata de integrar armónicamente en sus investigaciones.

La investigación contextualizada aboga por un concepto de institución estrecho y concentrado, de conformidad con los temas clásicos del institucionalismo político, pero con una perspectiva nueva que se enriquece de las críticas dirigidas contra el institucionalismo clásico. Desde el punto de vista de este enfoque, las instituciones políticas constituyen las *estructuras básicas del sistema político* que se refieren al ámbito donde se producen y ejecutan las decisiones con carácter generalmente obligatorio. De este modo, los trabajos de la *Escuela de Heidelberg* se han concentrado, sobre todo, en el estudio de las instituciones políticas formales (estructura del Estado, sistemas de gobierno y sistemas electorales) y en el análisis de los sistemas de partidos, que se caracterizan por sus características formales, organizacionales, político-estructurales y político-culturales (véase Nohlen 1981, 1999, 2003, 2004; Thibaut 1996; Bendel 1996; Grotz 2000; Basedau 2003: 170ss.).

El concepto sociológico de institución –que sirve de base a las variantes sociológica e histórica– se considera inadecuado, y se crítica su empleo irreflexivo en la ciencia política. Ya que, con una concepción de instituciones demasiado vaga y abarcadora que contenga casi toda forma de comportamiento, se pierde para la ciencia política el poder analítico del concepto "institución".

La relación entre las instituciones y los actores se concibe como una interacción influenciada a la vez por factores no-institucionales. Por un lado, las instituciones políticas no son solamente restricciones para los actores, sino también condiciones necesarias para la acción; por otro lado, un cambio en el ámbito del comportamiento puede contribuir a un mejor (o peor) funcionamiento del orden institucional. En síntesis: "Las instituciones marcan el comportamiento político, así como, a la inversa, los estilos políticos influyen en la estructura institucional. Además, es acertado suponer un cierto grado de autonomía de ambas variables" (Nohlen 1995: 20). Por lo tanto, las instituciones deben ser analizadas como variables dependientes e independientes. Su modo de funcionamiento se debe determinar siempre en relación con situaciones históricas y constelaciones de actores concretas (Nohlen 2004a: 58ss.).

Las condiciones bajo las cuales las instituciones surgen, cambian o son reformadas, son analizadas explícitamente, porque pueden ayudar a entender mejor el funcionamiento de variables institucionales y a reconstruir las relaciones causales con mayor apego a la realidad (véase Nohlen/Kasapovic 1996: 38). En el surgimiento y reforma de las instituciones tienen un significado importante las relaciones y asimetrías de poder, porque las fuerzas sociales u otros grupos políticos evalúan generalmente las instituciones políticas según los beneficios y pérdidas que se derivan de ellas (Nohlen 2004a: 60).

Por tanto, la *Escuela de Heidelberg* propone que el diseño institucional no debe obedecer exclusivamente a criterios de tecnología social, sino ajustarse a las exigencias de cada sistema político. En ese sentido, se comparte el juicio de Robert Goodin: "Un objeto bien diseñado es el que se ajusta mejor a su medio ambiente. Una institución bien diseñada, en detalle, debería ser internamente consistente, y externamente debería estar en armonía con el resto del orden social en el cual opera [trad. R.O.]" (1996: 37).

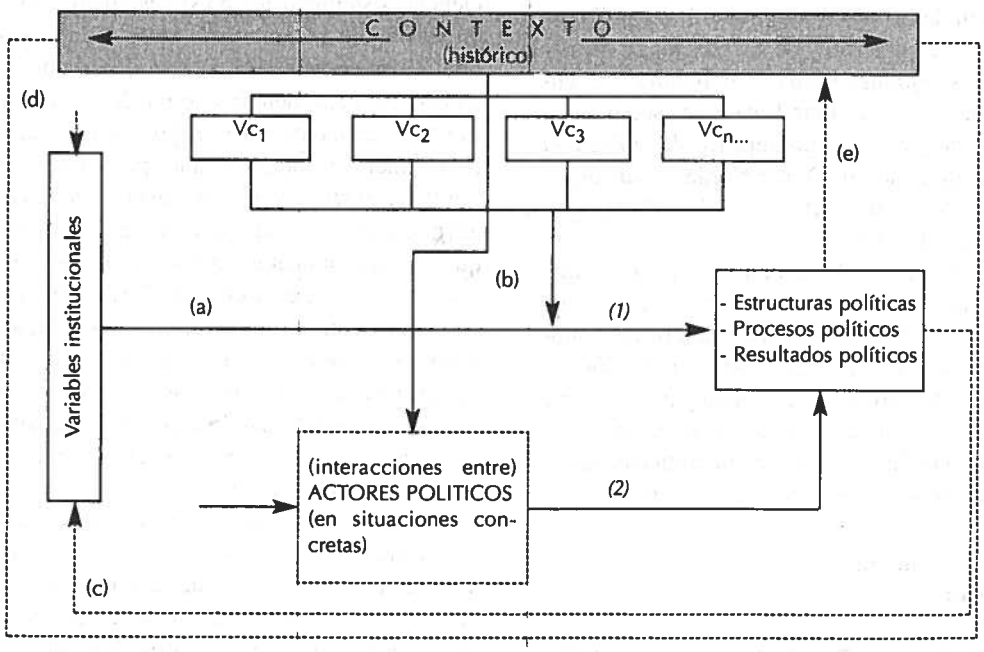
Según el enfoque de la *Escuela de Heidelberg*, la cuestión del significado de las instituciones políticas para la consolidación de la democracia únicamente puede ser respondida de manera empírica. ¿De qué factores sociales y políticos dependen los efectos de las instituciones políticas? ¿En qué circunstancias influyen las instituciones el desarrollo político? Para responder a estas preguntas se debe tener en cuenta que las *variables no-institucionales* (macro-estructurales y micro-individuales) pueden ser más decisivas que las institucionales para la funcionalidad y consolidación de la democracia. Se debe considerar que las instituciones despliegan diversos efectos en diferentes contextos. Por ello, los investigadores histórico-empíricos abogan por el desarrollo de una *macro-tipología de contextos* con el fin de sistematizar efectos institucionales (véase Nohlen 2004; Grotz 2000).

El siguiente gráfico ilustra el enfoque histórico-empírico. Desde el punto de vista del institucionalismo contextualizado, los efectos institucionales sobre las estructuras, procesos y resultados políticos dependen decisivamente de las variables de contexto *(1)* y de la forma como los actores reaccionan a las restricciones institucionales y contextuales *(2)*. Por un lado, *(1)* las factores de contexto influyen masivamente en los efectos institucionales, modificando su intensidad, dirección y naturaleza, e incluso neutralizando su fuerza vertebradora. Por otro, *(2)* los actores políticos también influyen en la calidad de los efectos institucionales, en tanto en cuanto son capaces o no de percibir la lógica y valores propios de cada arreglo institucional. Las variables institucionales (a) y contextuales (b), por su parte, estructuran previamente las interacciones y estrategias de los actores políticos en situaciones específicas. Las variables de contexto y su dinámica histórica influyen igualmente en la formación y cambio de los arreglos institucionales (d).

Los actores políticos, por una parte, responden a las restricciones institucionales y estructurales con diversa intensidad, y siempre tienen la posibilidad limitada de provocar cambios en los arreglos institucionales y su funcionamiento; y, por otra, las asimetrías de poder y los intereses de los actores son factores que también explican la elección institucional y su cambio en el tiempo (c). La suma de las acciones colectivas (procesos políticos, la creación o modificación de estructuras) constituye el fundamento del movimiento histórico y de las trasformaciones que alimentan el contexto (e).

La naturaleza histórica del contexto y de la relación temporal entre variables, revela el carácter contingente de los efectos institucionales y acontecimientos sociales y políticos y, por lo tanto, difíciles de reducir a generalizaciones teóricas con pretensiones universales. Ya que el contexto representa *toda* la complejidad de un fenómeno social, su operacionalización parcial se lleva a cabo con la consideración de las variables relevantes (Vc) para la relación entre la variable dependiente e independiente. La relación entre variables y contexto es recíproca, y constituye un flujo circular complejo.

Gráfico 1: El enfoque histórico-empírico



Vc = variable de contexto

Semejante concepción causal hace difícil dar respuesta a problemas prácticos de investigación, pues la concepción multicausal e histórica impone tanto un conocimiento profundo del caso concreto y una descripción precisa, como la reproducción teórica de las constelaciones de factores y sus relaciones recíprocas en situaciones históricas concretas. Una tarea ardua de realizar y siempre incompleta, pero que está más próxima a la realidad de los fenómenos sociales y políticos.

El institucionalismo contextualizado ha sabido acreditarse como un enfoque sensible a las diferencias culturales e históricas de las sociedades en desarrollo. En el estudio de la democracia y sus instituciones, ha representado una postura más diferenciada y más cercana a los postulados neoinstitucionales que otros enfoques institucionales. Sobre todo en el estudio y la evaluación de los sistemas de gobierno en América Latina, ha demostrado la *Escuela de Heidelberg* las ventajas de la investigación contextual e histórica (véase Nohlen/Fernández 1998).

En lo que sigue, se intentará mostrar las diferencias de las posiciones institucionales básicas que surgieron en el debate sobre las formas de gobierno en América Latina. Se expondrán las consecuencias prácticas que se derivan de esas posiciones con relación al procedimiento de investigación, la aproximación al objeto de estudio, la consideración de otros factores, la concepción de causalidad social y la función y alcance de la consultoría política.

4. El debate sobre el presidencialismo: el enfoque normativo-deductivo versus el enfoque histórico-empírico

Los trabajo de Juan Linz (1990, 1994; Linz/Valenzuela 1994) estimularon intensamente el análisis de la estructura institucional de los sistemas de gobierno y de su relación con los problemas de la consolidación de las democracias de los países en desarrollo. En el tratamiento politológico de los sistemas de gobierno y de sus efectos se formaron rápidamente dos *enfoques básicos antagónicos*: el enfoque normativo-deductivo de Juan Linz y sus seguidores, por un lado; y, el enfoque histórico-empírico de la *Escuela de Heidelberg* representado por Dieter Nohlen y sus discípulos, por otro (Nohlen 1991, 1991a; Nohlen/Fernández 1991, 1998, Thibaut 1993,1996).[12]

En síntesis, el debate tuvo lugar entre una posición que favorecía normativamente al parlamentarismo como forma de gobierno "ideal"; y, otra, que no prefería a priori a ninguna forma de gobierno en concreto, que criticaba los supuestos teóricos y metodológicos de aquélla y que abogaba por una perspectiva de investigación que tratase comparativamente la cuestión de la idoneidad democrática de sistemas de gobierno en situaciones históricas concretas.

4.2 La critica teórico-normativa del presidencialismo

Juan Linz en su libro sobre "La quiebra de las democracias" (1987 [1978]) ya había argumentado institucionalmente contra la "inferioridad" estructural del presidencialismo. Linz resaltaba la relación entre los derrumbes democráticos, los problemas de transición y consolidación de la democracia, por un lado, y la presencia del presidencialismo en América Latina, por otro. Linz recomendaba, por ello, el parlamentarismo como la mejor opción para todos los países de la región sin importar su grado de desarrollo o sus especificidades históricas.[13]

Según Linz, las debilidades sistémicas del presidencialismo son (1) la dualidad democrática, (2) la rigidez sistémica y (3) el carácter conflictivo y de suma cero de las elecciones presidenciales y de la competencia partidaria. Esas características del presidencialismo establecerían "incentivos" para estrategias no cooperativas entre los actores políticos. De ello resultarían situaciones de bloqueo institucional que podrían degenerar en intervenciones militares y propiciar el derrumbe de la democracia (Linz 1990, 1994).

En 1994 apareció el libro editado por Juan Linz y Arturo Valenzuela *The Failure of Presidential Democracy*, en el cual Linz presenta una versión ampliada de su artículo aparecido en 1990. Pero no todas las contribuciones del libro apoyaban las tesis de Linz. Jonathan Hartlyn (Linz/Valenzuela 1994, vol. II: 243) en su análisis de la relación entre el sistema de gobierno y la gobernabilidad en Colombia resalta las dificultades de considerar al presidencialismo como *el* obstáculo insalvable para la estabilidad democrática. Catherine M. Conaghan (íbidem: 277s.) va más allá y señala, en su estudio sobre Ecuador, que la introducción del parlamentarismo puede producir dificultades en el manejo de la lógica parlamentaria en los actores políticos y que los problemas existentes pueden profundizarse. Cynthia McClintock, en su contribución sobre Perú, hace referencia a que "un sistema parlamentario pudiera erosionar la coherencia ideológica y los vínculos populares de los partidos e incrementar la tendencia a reparto de cargos entre las élites" (íbidem: 315).

Finalmente, Giovanni Sartori (Linz/Valenzuela 1994, vol. I: 106-18), aunque comparte las tesis sobre las deficiencias sistémicas del presidencialismo, afirma que de las críticas al presidencialismo no se deduce automáticamente que la "buena alternativa" sea el parlamentarismo, y sentencia: "El parlamentarismo puede resultar un fracaso tanto y tan fácilmente como el presidencialismo" si no se dan las condiciones indispensables para su funcionamiento, sobre todo, *partidos parlamentariamente adecuados*. Sartori afirma, acertadamente, que "la mejor forma política es la que sea más aplicable en cada caso. Esto equivale a decir que [...] el contexto es esencial" (íbidem: 110). Y previene contra una confianza excesiva en las soluciones institucionales, pues "generalmente acertamos en nuestras críticas de los sistemas políticos bajo los que vivimos, pero a menudo nos equivocamos cuando estimamos las alternativas y los beneficios que esperamos de ellas" (íbidem: 115; véase también Sartori 1997: 83-100).

En vista de que los sistemas presidenciales en América Latina no fueron reformados según las recomendaciones normativo-deductivas y que más bien los sistemas de gobierno en la región han mostrado un mejor desempeño (véase Nohlen/Fernández 1998), Linz no se ha pronunciado más sobre el tema, únicamente en un artículo publicado en 1997 intenta relativizar su proposición original.

4.3 Las falacias de la crítica al presidencialismo

Aunque en principio la *Escuela de Heidelberg* no niega los problemas a los que se ha enfrentado el presidencialismo en América Latina, las argumentaciones expuestas por Linz son criticadas en los siguientes aspectos:

(a) *La mezcla inadmisible de diversas lógicas*: es obvio que hay diferencias estructurales entre los sistemas de gobierno presidenciales y parlamentarios; pero es un error si de los supuestos especulativos sobre "los peligros del presidencialismo" (Linz 1990), se pasa a la lectura de la realidad sin una investigación sistemática del funcionamiento histórico y del peso concreto de variables institucionales en los derrumbes democráticos. En ese análisis es, además, indispensable tomar en cuenta los factores estructurales y las características propias de los actores políticos que son, al fin y al cabo, quienes hacen funcionar a las instituciones.

(b) *Concepción antropológica pesimista*: Linz asume que los actores políticos sin "cadenas institucionales" no están en la capacidad para comportarse cooperativamente, aprender del pasado y desarrollar nuevas prácticas dentro de las mismos andamiajes institucionales. El presidencialismo es "perverso" porque no puede reprimir los impulsos egoístas de los individuos. El ser humano es considerado como asocial y utilitarista.

(c) *Parcialidad metodológica y análisis monocausal*: se habla de los "peligros del presidencialismo" (Linz 1990) y de las "virtudes del parlamentarismo" (Linz 1992) o de los "fracasos del presidencialismo" (Linz/Valenzuela 1994), pero no se habla de los fracasos de las democracias parlamentarias anteriores a la Segunda Guerra Mundial, y tampoco se habla de las democracias presidenciales con experiencias positivas (Estados Unidos de América, Costa Rica, Chile y Uruguay). Además, los críticos del presidencialismo reducen su análisis a una única función (la gobernabilidad) y olvidan que los sistemas políticos deben satisfacer varias y complejas funciones (véase Diamond 1990). También se olvidan que la estabilidad política depende de diversos factores, que normalmente son más importantes que los institucionales.

(d) *Tratamiento selectivo de los datos históricos*: Linz extrae de la historia latinoamericana varias "pruebas" para confirmar sus propias tesis. Los datos históricos que no se acomodan a la línea argumentativa se dejan a un lado. Los ejemplos históricos se enajenan de su contexto social y cultural respectivo. Las condiciones históricas y socioeconómicas así como las constelaciones de los actores antes de los derrumbes de la democracia no son tomadas en cuenta sistemáticamente.

(e) *Tratamiento indiferenciado de la diversidad de componentes institucionales*: Linz ignora la enorme variedad de arreglos institucionales de las democracias modernas y argumenta solamente al nivel de los tipos "puros". Aunque es razonable partir de la distinción entre sistemas de gobierno presidencial y parlamentario, las dicotomías no son suficientes ni apropiadas para la evaluación y explicación del modo en que funcionan estructuras institucionales en diversos contextos. La presencia de diversos componentes institucionales y su peculiar combinación pueden constituir diferencias más fundamentales que las que existen entre los sistemas presidenciales y parlamentarios (véase Nohlen 1991, 1998, 1999, 2003; Thibaut 1996; Basedau 2003: 178ss.).

(f) *Énfasis desproporcionado de los factores institucionales*: Linz otorga a la forma de gobierno (presidencialismo o parlamentarismo) un significado excesivo para la explicación de la estabilidad política. Linz postula una relación reduccionista y simplificada entre el sistema de gobierno y la estructura y dinámica de los procedimientos de toma de decisión. Otros factores –que posiblemente son indispensables para la reconstrucción causal – son ignorados por completo.

(g) *Sugerencias de reforma radical*: la recomendación categórica del parlamentarismo como el "mejor" sistema de gobierno no toma en cuenta los peligros de una reforma política sin la consideración de las constelaciones de poder, de las propiedades del sistema de partidos y de los costes políticos en los países respectivos.[14] Una introducción del parlamentarismo, sin un análisis profundo y detallado de las ventajas y desventajas –como Sartori (1984: 136ss.) oportunamente advierte–, podría tener consecuencias desestabilizadoras y nefastas para muchos países.[15]

En pocas palabras, gran parte de la crítica del presidencialismo formulada por Linz y sus seguidores muestra muchos aspectos del *viejo institucionalismo*. Pues se parte de una concepción monocausal infundada; no se analiza empíricamente cómo los arreglos institucionales influyen concretamente en las interacciones y estrategias de los actores políticos, y tampoco se analiza cómo los factores no-institucionales despliegan sus efectos intervinientes.

4.4 El programa alternativo de la Escuela de Heidelberg

La *Escuela de Heidelberg* se distancia explícitamente de los supuestos y las argumentaciones de Juan Linz, y desarrolla su propio programa para la evaluación del modo de funcionamiento de los sistemas de gobierno. Este programa alternativo se puede resumir en los siguientes puntos:

(a) *Falsación empírica de hipótesis teóricas*: la *Escuela de Heidelberg* considera las premisas y conclusiones de la crítica al presidencialismo únicamente como hipótesis que deben ser sometidas a un examen empírico minucioso, y no como verdades a aceptar. El institucionalismo contextualizado insiste en que no hay forma a priori de establecer la superioridad universal de un cierto arreglo institucional. Para un estudio fundado de los sistemas de gobierno, hay que volver la mirada a los sistemas políticos concretos e indagar el peso específico de las instituciones en el desarrollo político, sin perder de vista otros factores de índole sociopolítico, socioeconómico y sociocultural (Nohlen 1995, 1998, 1999, 2003; Thibaut 1993, 1996).[16]

(b) *Concepción antropológica abierta*: el papel de los actores políticos (el factor ser humano) y sus interacciones y estrategias dentro del marco institucional se consideran como aspectos cruciales de la funcionalidad de las instituciones políticas. Procesos de transformación de las actitudes y del patrón del comportamiento de la élite política pueden desatar cambios en el modo de funcionamiento de los sistemas de gobierno. Los actores interpretan las insti-

tuciones no sólo como "cadenas", sino también como posibilidades (Nohlen 1994b; Nohlen/Kasapovic 1996; Nohlen/Fernández 1998).

(c) *Evaluación histórica y multifuncional de los sistemas de gobierno en contextos específicos*: la investigación de la *Escuela de Heidelberg* se distancia de la construcción artificial de modelos institucionales "ideales" y de las especulaciones deductivas orientadas en tipos "puros". El enfoque histórico-empírico persigue más bien: "investigar de manera comparativa y cualitativa las variantes institucionales existentes en las democracias modernas a través de la descripción sistemática de arreglos institucionales concretos en conexión estrecha con sus contextos histórico, social, político y cultural [trad. R.O.]" (Lauga 1999: 124). E insiste en que se debe tener en cuenta que los sistemas políticos tienen que satisfacer una multiplicidad de tareas que parcialmente se contradicen y, por lo tanto, no pueden solucionarse simultáneamente de manera óptima (Thibaut 1996: 53f).

(d) *Evaluación comprensiva y heurística de los éxitos, debilidades y potencialidades de los sistemas de gobierno*: el institucionalismo contextualizado aboga por una investigación de las experiencias históricas con los sistemas presidenciales y parlamentarios; no solamente en situaciones de crisis e inestabilidad, sino también propone buscar los factores que pueden explicar los éxitos de las democracias presidenciales y parlamentarias. Sólo el examen de todos los factores relevantes puede explicar de manera adecuada la complejidad del funcionamiento institucional y de la estabilidad política.

(e) *Diferenciación de los arreglos institucionales dentro de las formas básicas de sistemas del gobierno*: el institucionalismo histórico-empírico insiste en que se debe considerar la variedad estructural de la organización institucional dentro del presidencialismo. Los componentes institucionales específicos y su combinación dentro de ciertas constelaciones históricas y políticas, pueden ser más decisivos que las diferencias globales entre presidencialismo y parlamentarismo (Nohlen 1999, 2003).

(f) *Restricción de la importancia de factores institucionales en contextos no consolidados*: según el enfoque histórico-empírico, la democratización, gobernabilidad y consolidación democrática no pueden ser explicadas exclusivamente o de manera apropiada mediante variables institucionales. El institucionalismo contextualizado enfatiza que las instituciones siempre tienen un peso relativo, en la medida en que función, efectos y conveniencia de arreglos institucionales pueden ser determinados contextualmente, es decir en conexión con las condiciones históricas correspondientes, tradiciones políticas, factores socio-estructurales y socio-culturales. La importancia de las instituciones es, por eso, contingente, porque la configuración concreta de las condiciones sociales, políticas y culturales de las instituciones políticas pueden cambiar permanentemente (Lauga 1999: 124s.).

(g) *Reformas políticas a la medida*: con respecto al margen de la reforma política, el institucionalismo histórico-empírico parte de la complejidad y límites de las posibilidades de reforma y aboga por un ajuste funcional y gradual de las instituciones. En vista de la profunda tradición presidencialista en América Latina y de las dificultades de la introducción del parlamentarismo, la *Escuela de Heidelberg* propone una reforma controlada del presidencialismo que contribuya a un *funcionamiento parlamentarista* del sistema presidencial mediante el fortalecimiento del parlamento y el mejoramiento de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo. Las sugerencias de reforma se dirigen particularmente hacia la creación de incentivos institucionales para la conformación de coaliciones estables en el parlamento, que apoyen el trabajo del gobierno; la creación de un primer ministro cuya legitimidad descanse en una mayoría parlamentaria y que atienda e incentive las relaciones entre el gobierno y el parlamento.

En resumen, la *Escuela de Heidelberg* con su perspectiva institucional se inscribe dentro de las corrientes neoinstitucionales. No solamente porque se ocupa "de nuevo" de las instituciones políticas, sino porque toma en serio las centrales exigencias del neoinstitucionalismo: (1) las instituciones tienen únicamente un significado relativo, porque son un factor entre muchos; (2) las instituciones despliegan diversos efectos en diversos contextos; (3) las instituciones no determinan directamente los procesos o resultados políticos, sino indirectamente, en el sentido de que estructuran y restringen el comportamiento de los actores. La contribución más importante del institucionalismo contextualizado a la discusión neoinstitucional, consiste en la afirmación de que la fuerza explicativa de las instituciones no se debe sobrestimar, sobre todo, en sociedades en que los procesos políticos poseen alta fluidez (Lauga 1999: 117; Grotz 2000).

4.5 Los resultados del debate

A pesar de los pronósticos pesimistas sobre la estabilidad de las democracias presidenciales en América Latina, la mayoría de los sistemas políticos en la región se no han colapsado desde la última ola democratizadora. Al contrario, el presidencialismo se ha fortalecido como el sistema de gobierno preferido en la región y ha dado muestras en la mayoría de los países de región de su capacidad de adaptación a los nuevos desafíos. En este sentido se debe entender la designación de *presidencialismo renovado* (Nohlen-/Fernández 1998). Esto confirma la tesis según la cual los arreglos institucionales pueden mostrar una mejor funcionalidad cuando las condiciones contextuales y los actores políticos tienen la capacidad de aprender del pasado y de reaccionar a los nuevos desafíos de las democracias modernas.[17]

La interrogante: ¿qué sistema de gobierno sería "ideal" al nivel de la confrontación abstracta de las ventajas y desventajas estructurales?, podría ser contestada seguramente en un escritorio con la ayuda de la lógica deductiva y un poco de audacia. La interrogante: ¿si hay una conexión entre presidencialismo y desarrollo político?, es, sin embargo, una pregunta empírica, y puede ser contestada únicamente con el empleo sistemático de los métodos de la investigación social empírica, bajo la consideración de otros factores de importancia para la estabilidad de los sistemas democráticos. La interrogante: ¿qué sistema es el mejor para cierto país?, puede ser respondida solamente después de la

evaluación de las condiciones históricas, las estructuras socioeconómicas existentes, las constelaciones de poder dominantes, las preferencias y patrones de comportamiento de los actores políticos y los recursos disponibles en una sociedad concreta.

El enfoque de la *Escuela de Heidelberg* ha logrado acreditarse como una perspectiva productiva para abordar la discusión politológica sobre las formas de gobierno y sus efectos sobre la estabilidad democrática en democracias no consolidadas. Su recomendación para la investigación de los efectos institucionales en situaciones históricas concretas y para la reforma del sistema presidencia hacia un "presidencialismo parlamentarizado" ha sido bienvenida en la investigación comparada de América Latina. La mayoría de investigadores coincidieron en que "sobre las ventajas y las desventajas de los sistemas del gobierno y de las reformas constitucionales no se puede discutir en abstracto, sino que se debe incluir en el análisis las condiciones históricas concretas de la política y de la sociedad [trad. R.O.]" (Nolte 2000: 2).[18]

5. Conclusiones teóricas y metodológicas

Todos los enfoques neoinstitucionales pretenden superar la contradicción entre los supuestos estructuralistas y los conductistas, entre el colectivismo y el individualismo metodológico. Incluso la ortodoxia de la teoría clásica económica se ha visto obligada a considerar el efecto vertebrador de las instituciones. El enfoque sociológico sobredimensiona la importancia de los factores institucionales y organizativos de la vida social, al poner el énfasis en las limitaciones a la racionalidad utilitarista y a nuestra capacidad para reconstruir y percibir la realidad. El enfoque histórico hace una importante contribución con el análisis de las asimetrías de poder y de la dependencia del rumbo, para comprender mejor los resultados políticos.

Estos aportes no son necesariamente excluyentes. La mejor comunicación e intercambio entre los diferentes enfoques pueden contribuir a reforzar la tendencia integracionista de los métodos en la ciencia política (Hall/Taylor 1996: 955). La principal diferencia entre los enfoques socio-históricos y los utilitaristas no es, sin embargo, necesariamente el modo del concebir la relación entre actores e instituciones; sino más bien los supuestos epistemológicos de las dos posturas. Mientras los enfoques socio-históricos prefieren un procedimiento inductivo y se interesan por relaciones causales concretas, los enfoques utilitaristas proceden deductivamente y pretenden llegar a explicaciones universales de la conducta humana (véase Kato 1996).

El institucionalismo contextualizado, por su parte, concibe la relación entre agencia y estructura como recíproca. Rechaza el individualismo metodológico, y prefiere un procedimiento inductivo de investigación. Sin perder de vista los factores estructurales y la acción de los actores, intenta reconstruir la relación causal particular que explica un determinado hecho histórico. Puesto que todo suceso social o político es único, la explicación causal sólo es posible si se parte del análisis de los factores y las constelaciones concretas de esos sucesos. Por ello, la generalización es limitada y las conclusiones a las que se llegan, provisionales

La ventaja de la investigación histórico-empírica consiste, por tanto, en que "las variables del contexto no son excluidas del tejido argumentativo por razones teórico-metodológicas, sino que son analizadas explícitamente [trad. R.O.]" (Grotz 2000: 77). El análisis contextual es de suma importancia para la calidad de una investigación empírica en sociedades en las cuales las condiciones dinámicas distorsionan y limitan los efectos institucionales; pues, en estas sociedades el contexto hace generalmente la diferencia en los procesos y resultados políticos (Nohlen 2003).

La actitud abierta frente a descubrimientos empíricos, el empleo sistemático del método comparativo y el tratamiento detallado de cada caso de estudio, son ciertamente importantes ventajas adicionales del institucionalismo contextualizado. Así, el enfoque histórico-empírico se muestra abierto a la recepción de nuevos conocimientos y al ajuste conceptual, teórico y metodológico, pues para él es más importante irse aproximando a la "verdad objetiva", que tener razón (Popper).

6. Bibliografía

- Basedau, Matthias (2003): *Erfolgsbedingungen von Demokratie im subsaharischen Afrika* [Condiciones de éxito de las democracias en Africa del Subsahara], Opladen: Leske + Budrich.
- Bendel, Petra (1996): *Parteiensysteme in Zentralamerika* [Sistemas de partidos en América Central], Opladen: Leske + Budrich.
- Beyme, Klaus von (1967): *Das präsidentielle Regierungssystem der Vereinigten Staaten in der Lehre der Herrschaftsformen* [El sistema de gobierno de los Estados Unidos en la doctrina de las formas de dominio], Karlsruhe: Müller.
- ([3]1999): *Die parlamentarische Demokratie* [La democracia parlamentaria], Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- ([8]2000): *Die politischen Theorien der Gegenwart* [Las teorías políticas contemporáneas], Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- (2000a): *Parteien im Wandel* [Partidos en trasformación]. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- (2000b): "Innovativ – aus Tradition. Das Heidelberger Institut für Politische Wissenschaft – Aktuelle Tendenzen" [Innovador – por tradición. El Instituto de Ciencia Política de Heidelberg – Tendencias actuales], en: Vogt, Herbert (Ed.): *Wissenschaft 2000. Zukunftsperspektiven Heidelberger Forscher vor dem dritten Millennium* [Ciencia 2000. Perpectivas de futuro de las insvestigadores de Heidelberg a las puertas del tercer milenio], Heidelberg: Winter, pp. 45-49.
- Bobbio, Norberto (1998): "Ciencia Política", en: Bobbio, Norberto et al., *Diccionario de Política*, México: Siglo XXI, pp. 218-224.
- Carpizo, Jorge (1999): "México: ¿sistema presidencial o parlamentario?", en: *Cuestiones Constitucionales*, 1/1999, pp. 49-84.

- Cavadias, Emis (2001): "El nuevo institucionalismo en América Latina", en: *Ciencias de Gobierno*, 10/2001, pp. 11-25.
- Consejo para la Consolidacion de la Democracia (1988): *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Buenos Aires: EUDEBA.
- Comisión Andina de Juristas (1993): Formas de Gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento, Lima.
- (1993a): Reformas del presidencialismo en América Latina: Presidencialismo vs. Parlamentarismo, Caracas.
- Dahl, Robert (1971): *Polyarchy*, New Haven: Yale University Press.
- (1996): "Thinking about democratic constitutions: conclusions from democratic experience", en: Shapiro, Ian/Hardin, Russell (Ed.), *Political Order*, New York/London: University Press, pp. 175-206.
- Diamond, Larry (1990): "Three Paradoxes of Democracy", en: *Journal of Democracy*, 3/1990, pp. 48-60.
- García Belaunde, Domingo (2000): "Reconstrucción del sistema político y la ingeniería constitucional", en: Comisión Andina de Juristas, *Perú 2000: un triunfo sin democracia*, Lima: CAJ.
- Goodin, Robert (1996): "Institution and Their Design", en: Goodin, Robert (Ed.), *The Theory of Institutional Design*, Cambridge: Cambridge Unersity Press, pp. 1-53.
- Grotz, Florian (2000): *Politische Institutionen und post-sozialistische Parteiensysteme in Ostmitteleuropa* [Instituciones políticas y sistemas de partidos postsocialistas en europa oriental central], Opladen: Leske + Budrich.
- Hadenius, Axel (1994): "The Duration of Democracy. Institutional versus socioeconomic Factors", en: Beetham, David (Ed.), *Defining and Measuring Democracy*, London: Sage, pp. 63-88.
- Hall, Peter/Taylor, Rosemary (1996): "Political Science and the Three New Institutionalisms", en: *Political Studies*, 44/5, pp. 936-957.
- Hartmann, Christoph (1999): *Externe Faktoren im Demokratisierungsprozess* [Factores externos en el proceso de democratización], Opladen: Leske + Budrich.
- Huntington, Samuel (1991): *The Third Wave*, New Haven/London.
- Jones, Mark (1995): *Electoral Law and the Survival of Presidential Democracies*, Notre Dame/London: University of Nostre Dame Press.
- Kaiser, Andre (1999): "Die politische Theorie des Neo-Institutionalismus: James March und Johan Olsen" [La teoría política del neoinstitucionalismo: James March und Johan Olsen], en: Brodocz, André/Schaal, Gary (Ed.), *Politischen Theorien der Gegenwart* [Teorías políticas contemporáneas], Opladen: Leske + Budrich, pp. 189-211.
- Kato, Junko (1996): "Review Article: Institutions and Rationality in Politics – Three Varieties of Neo-Institutionalists", en: *British Journal of Political Science*, 26, pp. 553-582.
- Krennerich, Michael (1996): *Wahlen und Antiregimekriege in Zentralamerika* [Elecciones y antirégimen de guerra], Opladen: Leske + Budrich.
- Krohn, Tobias (2003): Die Genese von Wahlsystemen in Transitionsprozessen [La génesis de sistemas electorales en procesos de transición], Opladen: Leske + Budrich.
- Lanzaro, Jorge (Comp.) (2001): Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina, Buenos Aires: CLACSO.
- Lauga, Martín (1999): *Demokratietheorie in Lateinamerika* [Teoría de la democracia en América Latina], Opladen: Leske + Budrich.
- Lijphart, Arend (Ed.) (1992): *Parlamentary versus Presidential Government*, Oxford u. a.: Oxford Universty Press.
- Linz, Juan (1978): The Breakdown of Democratic Regimes: Crises, Brakdowns and Reequilibrations, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- (1990): "The Perils of Presidentialism", en: *Journal of Democracy*, 1/1990, pp. 51-69.
- (1992): ""The Virtues of Parliamentarism", en: Lijphart, Arend (ed.), *Parlamentary versus Presidential Government*, Oxford u.a.: Oxford University Press, 212-216.
- (1994): "Presidential or Parlamentary Democracy: Does It Make a Difference?", en: Linz, Juan/Valenzuela, Arturo (Ed.) *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore/London: Johns Hopkins University Press, pp. 3-87.
- (1997): "Introduction: some thoughts on presidentialism in postcommunist Europe", en": Taras, Ray (ed.), *Postcommunist Presidents*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-14.
- Linz, Juan/Valenzuela, Arturo (Ed.) (1994): *The Failure of Presidential Democracy* [span. Las crisis del presidencialismo, 1997], 2 vols. Baltimore/London: Johns Hopkins University Press.
- Mainwaring, Scott (1995): "Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación", en: *Revista de Estudios Políticos*, 88/1995, pp. 115-144.
- Mainwaring, Scott/Shugart, Matthew (ed.) (1997): *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press.
- March, James/Olsen, Johan (1984): "The New-Institutionalism: Organizational Factors in Political Life", en: *American Political Science Review*, Vol. 78/3, pp. 734-749.
- (1989): *Rediscovering Institutions*, New York: Free Press.
- Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz (1995): "Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus" [El enfoque del institucionalismo centrado en los actores], en: Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz (Ed.), *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung* [Autoordenamiento social y regulación política], Frankfurt a.M.: Campus, pp. 39-72.
- Merkel, Wolfgang/Croissant, Aurel (2000): "Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien" [Instituciones formales e informales en democracias defectuosas], en: *PVS*, 1/2000, pp. 3-30.
- Monsalve, Sofía/Sottoli, Susana (1998): "Ingeniería constitucional versus institucionalismo histórico-empírico", en: Nohlen, Dieter/Fernández, Mario (Ed.), *Pre-*

sidencialismo renovado, Caracas: Nueva Sociedad, pp. 41-55.
- Nohlen, Dieter 1981 [1978]: *Sistemas electorales del mundo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1991): "Presidencialismo vs. Parlamentarismo en América Latina", en: *Revista de Estudios Políticos*, 1991/74, pp. 43-54.
- (1991a): "La reforma institucional en América Latina. Un enfoque conceptual y comparativo", en: Nohlen, Dieter/De Riz, Liliana (Comp.), *Reforma institucional y cambio político*, Buenos Aires: CEDES/Legasa, pp. 11-44.
- (1994): "Vergleichende Methode" [Método comparativo], en: Nohlen, Dieter/Schultze, R-O. (Hrsg.) Lexikon der Politik [Diccionario de política], Bd. 2: Politikwissenschaftliche Methoden [Métodos de la ciencia política], München: Beck, pp. 507-517.
- (1995): "Introducción: democracia y neocrítica. Un ejercicio de evaluación del desarrollo democrático reciente en América Latina", en: Nohlen, Dieter (Ed.), *Democracia y neocrítica en América Latina*, Frankfurt a.M./Madrid: Vervuert/Iberoamericana, pp. 7-27.
- (1998): "Presidencialismo versus Parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos", Nohlen, Dieter/Fernández, Mario (Ed.), *Presidencialismo renovado*, Caracas: Nueva Sociedad, pp. 15-25.
- (1999): Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos. Opciones institucionales a la luz del enfoque histórico-empírico, México: Tribunal Elctoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fundación Friedrich Naumann.
- (2002): "Instituciones políticas y cambio político en América Latina", en: www. observatorioelectoral.org-/biblioteca/?bookID=10, 17.12.2002.
- (2003): El contexto hace la diferencia. Reformas institucionales y el enfoque histórico empírico, Mexiko: UNAM.
- ([3]2004): Sistemas electorales y partidos políticos, Opladen: Leske + Budrich.
- ([4]2004a) Wahlrecht und Parteiensystem [Derecho electoral y sistema de partidos], Opladen: Leske + Budrich.
- Nohlen, Dieter/Fernández, Mario (Ed.) (1991): *Presidencialismo versus Parlamentarismo*, Caracas: Nueva Sociedad.
- (Ed.) (1998): *El presidencialismo renovado*, Caracas: Nueva Sociedad.
- Nohlen, Dieter/Kasapovic, Mirjana (1996): *Wahlsysteme und Systemwechsel in Osteuropa* [Sistemas electorales y transforamación en europa oriental], Opladen: Leske + Budrich.
- Nohlen, Dieter/Thibaut, Bernhard (1995): "Investigación sobre la transición en América Latina: enfoques, conceptos, tesis", en: Dieter, Nohlen (Comp.), *Democracia y neocrítica en América Latina*, Franfurt am Main/Madrid: Vervuert/Iberoamericana, pp. 28-58.
- North, Douglass (1992): Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung [Instituciones, cambio institucional y desempeño económico], Tübingen: Mohr.
- North, Douglass/Summerhill, William/Weingast, Barry (2002): "Orden, desorden y cambio económico: Lateinamerica vs. Norte América", en: *Revista Instituciones y Desarrollo*, 12-13/2002, pp. 9-59.
- Nwankwo, Bazil O. (2003): Institutional Design and Functionality of African Democracies: A Comparative Analysis of Nigeria and Uganda, Berlin: Tenea.
- Peters, Guy (2003): *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política* [ed. ingl.: Institutional Theory in Political Science: The 'New Institutionalism', 1999], Barcelona: Gedisa.
- Popper, Karl (1981): "Logik der Sozialwissenschaften" [Lógica de las ciencias sociales], en: Adorno, Theodor et al., *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* [La controvesia positivista en la sociología alemana], Neuwied: Luchterland.
- Przeworski, Adam (1991): *Democracy and the Market*, Cambridge u.a.: Cambridge University Press.
- Rivas, José (2003): "El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones", en: *Reflexión Política*, 9/2003, pp. 36-46.
- Rothstein, Bo (1996): "Political Institutions: An Overview", en: Goodin, Robert/Klingemann, Hans-Dieter (ed.), *A New Handbook of Political Science*, Oxford: Oxford University Press, pp. 133-166.
- Sartori, Giovanni ([5]1984): *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales*, Mexiko: Fondo de Cultura Económica.
- ([2]1997): *Comparative Constitutional Engineering*, Houndmills u. a.: MacMillan. York: New York University Press.
- (1999) [1991]: "Comparación y método camparativo", en: Sartori, Giovanni/Morlino, Leonardo (Comp.), *La comparación en las ciencias sociales*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 29-49.
- Sartori, Giovanni/Morlino, Leonardo (comp.) (1999) [1991]: *La comparación en las ciencias sociales*, Madrid: Alianza.
- Scharpf, Fritz (2000): *Interaktionsformen. Akteurzentrierter Institutionalismus in der Politikforschung* [Formas de interacción. Institucionalismo centrado en los actores en la investigación política], Opladen: Leske + Budrich.
- Shugart, Matthew/Carey, John (1992): *President and Assemblies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Shugart, Matthew/Mainwaring, Scott (1997): "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate", en: Scott Mainwaring-/Matthew Shugart (Hrsg.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 12-54.
- Sottoli, Susana (1999): *Sozialpolitik und entwicklungspolitischer Wandel in Lateinamerika* [Política social y trasformación en la política de desarrollo en América Latina], Opladen: Leske + Budrich.
- Suárez, Waldino (1982): "El poder ejecutivo en América Latina: su capacidad operativa bajo regímenes presidenciales de gobierno", en: *Revista de Estudios Políticos*, 29/82, pp. 109-144.
- Thelen, Kathleen (1999): "Historical Institutionalism in Comparative Politics, en: *Annual Review of Political Science*, 1999/2, pp. 369-404.

- Thelen, Kathleen/Steinmo, Sven (1992): "Historical Institutionalism in Comparative Politics", en: Steinmo, Sven/Thelen, Kathleen/Longstreth, Frank (Ed.), *Structuring Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-32.
- Thibaut, Bernhard (1993): *Presidencialismo, Parlamentarismo y el problema de la consolidación democrática en América Latina*, Cuaderno de Trabajo No. 6, Heidelberg: Instituto de Ciencia Política.
- (1996): *Präsidentialismus und Demokratie in Lateinamerika* [Presidencialismo y democracia en América Latina], Opladen: Leske + Budrich.
- Valadés, Diego (2003): *El gobierno de gabinete*, Mexiko: UNAM.
- Valenzuela, Arturo (1998): "The Crisis of Presidentialism", en: Mainwaring, Scott/Valenzuela, Arturo (ed.), Politics, Society, and Democracy. Latin America, Boulder: WestviewPress.
- Weaver, Kent/Rockman, Bert (1993): *Do Institutions Matter?*, Washington.
- Weber, Max [5]1972 [1922]: *Wirtschaft und Gesellschaft* [Economía y Sociedad], Tübingen: Mohr.
- 1992: *Soziologie. Universalgeschtliche Analysen. Politik* [Sociología, Análisis de Historia Universal, Política], Stuttgart: Kröner.

Notas

1 Esta es la versión revisada en castellano de mi artículo publicado en la revista *Lateinamerika Analysen* (7), febrero 2004, Hamburgo. Agradezco el apoyo de José Reynoso Núñez y Maribel González Pascual en la redacción final de este ensayo. Los vacíos y errores del presente trabajo son, sin embargo, de mi exclusiva responsabilidad. Comentarios, recomendaciones y críticas son bienvenidas a richard-ortiz@urz.uni-heidelberg.de

2 El Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Heidelberg fue fundado el año de 1958 por Carl Joachim Friedrich y Dolf Sternberger. La investigación politológica de este Instituto se caracteriza por los siguientes aspectos: (1) el uso sistemático del método comparativo; (2) la preferencia de estudios con orientación histórica; (3) un "institucionalismo ilustrado" que insiste en una investigación multicausal y de contexto y, por lo tanto, (4) se distancia conscientemente de los enfoques que se basan en los supuestos de la elección racional (*rational choice*) (véase Beyme 2000b). A esta tradición pertenecen los estudios de Klaus von Beyme (véase entre otros 1967, 1999, 2000, 2000a) y sus alumnos. A la Escuela de Heidelberg también pertenecen los trabajos de Dieter Nohlen (véase entre otros 1981, 1991, 1992, 1994, 1995, 1998, 1999, 2003, 2004, 2004a) y sus discípulos (véase entre otros Nohlen/Fernández 1991, 1998; Krennerich 1996; Bendel 1996, Thibaut 1996; Hartmann 1999; Sottoli 1999; Lauga 1999; Grotz 2000; Basedau 2003; Krohn 2003; Nwankwo 2003). El presente trabajo se concentrará en el trabajo de Nohlen y sus alumnos, ya que han sistematizado y desarrollado el enfoque de investigación de esta tradición weberiana, y han participado activamente en el debate sobre el presidencialismo en América Latina (véase Nohlen 1991, 1991a; Nohlen/Fernández 1991, 1998; Thibaut 1993, 1996).

3 Es importante anotar que en 1978 ya fue formulada una crítica profunda al institucionalismo clásico con respecto al estudio de los sistemas electorales y sus efectos. Dieter Nohlen en su libro *Los sistemas electorales del mundo*, edición castellana de 1981, critica la forma indiferenciada y mecanicista de analizar las regulaciones electorales.

4 Peters (2003) distingue siete (¡!) variantes neoinstitucionales, pero los criterios de clasificación utilizados por él carecen de lógica. La denominación de "institucionalismo empírico" es errónea por dos razones: primero, insinúa que los otros institucionalismos no son empíricos, pero no es cierto; y, segundo, los diferentes trabajos dentro de ese institucionalismo pueden ser perfectamente clasificados dentro de las variantes básicas. El "institucionalismo de representación de intereses" y el "institucionalismo internacional" tampoco representan variantes independientes, sólo son aplicaciones de los enfoques básicos a diferentes áreas de estudio y, por lo tanto, son superfluos. Finalmente, el "institucionalismo sociológico" no es una variante institucional de la ciencia política, sino un enfoque propio de la sociología de la organización, por ello no constituye tampoco una variante más. En resumen, sólo quedan los tres enfoques básicos que se resumen en este trabajo (véase Hall/Taylor 1996).

5 El modelo clásico del *homo oeconomicus* presenta las siguientes características: (1) individuo perfectamente racional, (2) situación con perfecta y completa información, (3) preferencias individuales estables, (4) ausencia de costes de transacción, (5) espacio libre de instituciones, (6) agregación mecánica de las transacciones individuales, y (7) formación permanente de equilibrios en el mercado.

6 El *equilibrio de Nash* es una situación en la que ninguno de los jugadores se siente en la tentación de cambiar de estrategia, ya que cualquier cambio implica una disminución en sus pagos.

7 La *dependencia del rumbo (path dependency)* revela una comprensión compleja de la causalidad social, pues "rechaza el postulado tradicional de que las mismas fuerzas operativas generarían los mismos resultados independientemente del lugar en que tengan lugar, y favo-

Notas

rece la opinión de que el efecto de aquéllas está mediatizado por las características del contexto que se derivan en gran parte del pasado [trad. R.O.]" (Hall/Taylor 1996: 941).

8 La denominación "histórico-empírico" es redundante, pues lo histórico es lo empírico. El énfasis en lo *histórico* tiene, sin embargo, como objetivo distanciarse de los estudios estadístico-cuantitativos que carecen de una visión histórica de conjunto; y, el énfasis en lo *empírico* tiene como fin expresar el rechazo a los enfoques normativos y deductivos.

9 La *Escuela de Heidelberg* establece sus fundamentos epistemológicos, teóricos y metodológicos a partir de los aportes de Karl Popper (1981) (racionalismo crítico), de Max Weber (1972, 1992) (comparación histórica, distancia apropiada de los conceptos con la realidad y concepción causal compleja), de Giovanni Sartori (1984, 1999) (elaboración adecuada de conceptos, definiciones y clasificaciones), y de Robert Dahl (1971, 1996) (teoría de la democracia y sensibilidad frente a diferencias de contexto).

10 El término "contexto" es un concepto muy complejo y amplio. Hace referencia a la relación interna entre determinados procesos y circunstancias de un fenómeno social o político y a sus especificidades históricas concretas. La importancia de considerar los factores contextuales en el análisis de la relación entre la variable independiente (causa) y la dependiente (efecto), tiene que ver con el hecho de que un acontecimiento social o político nunca se presenta aislado, sino que siempre está empotrado en una situación histórica determinada y, por tanto, está en una interacción compleja con una multiplicidad de factores de diversa naturaleza.

11 Sobre las nociones de "causalidad coyuntural" y "causalidad contingente", véase las contribuciones de Sartori, Collier y Panebianco en la obra recopilada por Sartori y Molino (1999).

12 La importancia persistente de la reforma política y las tesis provocativas de Linz condujo en los años 1990s al florecimiento de varios enfoques de estudio. En esencia, se puede distinguir entre un enfoque estadístico-comparativo (Suárez 1982; Hadenius 1994; Mainwaring 1995) y el enfoque representado por Sartori (1997), "ingeniería constitucional comparada". Véase entre las obras principales que han contribuido al debate: Consejo para la consolidación de la democracia (1988), Shugart/Carey (1992), Comisión Andina de Juristas (1993, 1993a), Nohlen/Fernández (1991, 1998), Lijphart (1992), Linz/Valenzuela (1994), Mainwaring/Shugart (1997) y Lanzaro (2001).

13 Para una discusión detallada sobre las tesis de Linz véase Nohlen (1991, 1991a, 1998), Nohlen/Fernández (1991, 1998) y Thibaut (1993, 1996).

14 La tendencia de las recomendaciones universales de reforma las encontramos también en Sartori con su "semipresidencialismo" o su "presidencialismo intermitente" (1997). Jones, por su parte, cree que la funcionalidad del presidencialismo se puede mejorar, en general, con los siguientes componentes institucionales": (1) elección por pluralidad del presidente, (2) elecciones presidenciales y legislativas concurrentes, (3) representación proporcional con (4) distritos pluripersonales con una magnitud moderada para elegir a legisladores, y (5) legislatura unicameral (1995: 161).

15 Respecto del *cálculo de los medios* al nivel operativo, Sartori escribe con la claridad y agudeza que le caracterizan: "[...] la ciencia política es un saber operativo en cuanto asegura que los medios son adecuados y que se adaptan a los fines propuestos. [...] No basta decir: quiero este fin. Habrá que determinar también si el fin puede obtenerse; y por lo tanto, la elección de los fines queda condicionada por la disponibilidad de los medios" (1984: 136). El profesor italiano subdivide el *cálculo de los medios* en cuatro fases: "1) asegurarse que los medios son *suficientes*; 2) asegurarse que los medios son *idóneos;* 3) determinar el *efecto sobre otros fines*; 4) determinar si los medios *sobrepasan la finalidad* [cursivas en el original]" (íbidem: 136s.). Los politólogos o constitucionalistas expertos en soluciones prefabricadas deberían tomar en serio las observaciones de Sartori, antes de proponer reforma alguna.

16 La *Escuela de Heidelberg* recoge entre sus postulados básicos el falsacionismo, que establece como principio de la ciencia la capacidad de una teoría o hipótesis para someterse a todas las pruebas que puedan demostrar su falsedad (véase Popper 1981; Nohlen 1995).

17 A conclusiones similares llegan Shugart y Mainwaring (1997) en su ensayo "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate", en el cual casi sin reservas reproducen las tesis de la *Escuela de Heidelberg* (véase los trabajos de Nohlen 1991, 1991a, 1992; Nohlen/Fernández 1991; Thibaut 1993, 1996).

18 La tesis de la importancia limitada de los arreglos institucionales y del valor decisivo del contexto, ha sido acogida ampliamente por muchos investigadores en América Latina (véase entre otros Carpizo 1999; García Belaunde 2000; Lanzaro 2001; Valadés 2003).

Procedimientos de control previo: veto presidencial por inconstitucionalidad de un proyecto de ley y aprobación de tratados internacionales. La experiencia ecuatoriana[1]

Hernán Salgado Pesantes

1. Introducción

Como se sabe, el proceso constitucional tiene lugar tanto en el control de constitucionalidad denominado *a priori* como en el *a posteriori* de la ley y de otras normas o actos jurídicos. Al primero se lo conoce también como control previo.

En el control *a priori* o previo de una ley, queda claro que la ley aún no tiene su fuerza obligatoria por cuanto no ha sido promulgada, se trata propiamente de un proyecto de ley que puede haber recibido su aprobación en la Función Legislativa y pasa al Ejecutivo para recibir la correspondiente sanción y promulgación. En ese intermedio se produce el control por la Justicia Constitucional, la cual deberá pronunciarse sobre la armonía que guarda ese proyecto de ley con la Carta Magna del Estado.

Dadas las características del control *a priori* o previo, éste se da en abstracto y por vía de acción. La legitimación o capacidad procesal para interponer la acción, generalmente, se da al titular del Ejecutivo –encargado de la promulgación- cuando éste declara formalmente que el proyecto de ley es inconstitucional.

También se ha desarrollado un control *a priori* en materia de tratados y convenios internacionales con la finalidad de compatibilizarlos con las normas constitucionales. La Justicia Constitucional debe examinar estos instrumentos internacionales de manera previa al procedimiento interno de ratificación o adhesión por parte del Estado.

En estos casos, el procedimiento utilizado por los Estados puede ser de carácter obligatorio o facultativo y los órganos legitimados son tanto el Legislativo como el Ejecutivo. Por otro lado, si un instrumento internacional estuviera de algún modo en contradicción con la Ley Suprema, la propia Constitución, generalmente, dispone que pueda haber lugar a una reforma o enmienda constitucional para después poder aprobar el tratado o convenio.

Menos desarrollo ha tenido el control previo en materia de consulta popular, llámense referéndum, plebiscito, revocatoria del mandato u otras formas mixtas.

Vale mencionar que el control constitucional *a priori* a sido adoptado por Francia de una manera muy particular. Dadas las características especiales de la Justicia Constitucional francesa han llevado a este país a establecer un control previo de constitucionalidad de la ley, antes de que ésta sea promulgada y publicada en el *Journal officiel*.

Una vez promulgada la ley ésta entra en vigor y ya no es posible el control constitucional. En otras palabras, es el único país de Europa continental donde no existe el control *a posteriori* de las leyes, no obstante hay una flexibilización en el sistema francés establecida por su Consejo Constitucional.[2]

2. Antecedentes ecuatorianos del control a priori

En el Ecuador, por mandato constitucional, existe control previo tanto en materia de leyes como de tratados y convenios. La primera, respecto de las leyes (propiamente de un proyecto de ley), encuentra antecedentes en el siglo XIX, mientras que la segunda es relativamente nueva, su práctica se inauguró con la Constitución codificada de 1998.

El incipiente control de constitucionalidad que comenzó a desarrollarse en la mitad del siglo XIX se caracterizó por ser un control precario ya a causa de la inestabilidad política que existía, ya por la concepción inadecuada que se tuvo, este control fue atribuido al Consejo de Estado y al propio Congreso Nacional, y recaía sobre las leyes.

En la polémica Constitución de 1869, atribuida al presidente García Moreno, se introdujo de manera acertada el control preventivo dentro del control de la constitucionalidad de las leyes. Dicho control *a priori* tendría lugar antes de que la ley sea promulgada y entre en vigor, el mismo que está relacionado con la atribución que tiene el presidente de la República de sancionar u objetar un proyecto de ley aprobado por la Legislatura.

Si el titular del Ejecutivo no sanciona el proyecto de ley y lo objeta por considerarlo inconstitucional el asunto es delicado, pues significa que existe una divergencia con el Legislativo fundada en que el proyecto de ley –aprobado por el Congreso- es contrario a un precepto constitucional, por tanto no es una objeción basada en razones de conveniencia. Para todo constitucionalista está claro que un asunto de esta naturaleza no puede ni debe quedar en la decisión final del presidente de la República.

Este antecedente del control previo fue establecido en la Constitución garciana de 1869, en la Sección VI "De la formación de las leyes y demás actos legislativos", en uno de sus preceptos (Art. 43) refiriéndose a la objeción parcial señalaba que si la mayoría del Congreso bicameral volvía a aprobar el proyecto de ley como fue presentado originalmente el Ejecutivo debía sancionarlo. Sin embargo, dispuso en la parte final del artículo 43:

"*Si a pesar de la insistencia de ambas Cámaras, el Ejecutivo sostuviere que el proyecto es contrario a la Constitución, lo pasará a la Corte Suprema, la cual se limitará a declarar si es o no contrario. En el último caso se promulgará y tendrá fuerza de ley.*"

Por otro lado y por primera vez en el constitucionalismo ecuatoriano, en esta Carta Magna se confiere al órgano máximo del Poder Judicial una atribución suficiente para decidir sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley, con esta finalidad se dota a la Corte Suprema de Justicia de un procedimiento de control preventivo.

Posteriormente, la Constitución de 1878, no obstante ser antigarciana, recogió esta disposición y la redactó con mayor claridad en el artículo 60, precisando que el envío del proyecto de ley vetado por inconstitucional debía ser inmediato:

"*Si el proyecto de ley fuere objetado como contrario a la Constitución, y las Cámaras Legislativas insistieren en él, el Poder Ejecutivo lo remitirá inmediatamente a la Corte Suprema de Justicia, para sólo el efecto de que declare si es o no contrario a la Constitución, y si se resolviere no serlo, se pondrá en ejecución en el acto.*"

En síntesis, este antecedente sobre el control previo de constitucionalidad de la ley no fue considerado por las constituciones ecuatorianas posteriores, sólo volvió a establecerse con algunas variantes en las Cartas Políticas de 1929 (Art. 67), de 1945 (Art. 41), de 1946 (Art. 67) y de 1967 (Art. 151).

Curiosamente la Constitución de 1978-79, que puso fin a una década de gobiernos de facto, omitió este tipo de control y dejó en manos del Presidente de la República la decisión final, lo cual trajo conflictos jurídicos y complicaciones políticas en los años ochenta, hasta que la reforma constitucional de 1995 lo introdujo definitivamente.

3. Objeción de inconstitucionalidad a proyectos de ley

La vigente Constitución codificada de 1998 dispone –como en la mayoría de países- que una vez que el Congreso Nacional ha tramitado y aprobado un proyecto de ley y (mediante dos debates), éste es enviado al Presidente de la República para su sanción y promulgación o, en caso contrario, para su objeción sea por inconveniente o por inconstitucional.

Toda objeción a un proyecto de ley debe ser hecha por el Presidente dentro de los diez días posteriores a aquel en que lo recibió, además, debe fundamentar debidamente la objeción que puede ser total o parcial.

La objeción parcial por razones de inconveniencia regresa al Congreso Nacional para que allí, mediante la votación necesaria, se insista o los legisladores se allanen; en caso de objeción total, el Congreso debe esperar un año para volver a discutir el proyecto vetado y necesitará el voto de las dos terceras partes de los legisladores para ratificarlo en un solo debate, lo cual permitirá al Congreso promulgar dicha ley inmediatamente.

Si la objeción es por causa de inconstitucionalidad, en forma total o parcial, el Presidente de la República está obligado a enviar el proyecto de ley al Tribunal Constitucional para que el organismo de control, dentro de un plazo perentorio de treinta días, se pronuncie mediante un dictamen.

De confirmarse la inconstitucionalidad total, el proyecto de ley deberá ser archivado; si la inconstitucionalidad fuere parcial el Tribunal Constitucional lo remite al Congreso Nacional para que se realicen las modificaciones necesarias y regrese dicho proyecto a recibir la sanción presidencial. En caso contrario, si el Tribunal desecha la inconstitucionalidad corresponde al Congreso disponer la promulgación del proyecto de ley. Esta es una de las pocas veces en que la Legislatura ordena directamente la promulgación.[3]

4. Legitimación procesal

En el caso de un proyecto de ley objetado como inconstitucional por el Presidente de la República, el mismo Presidente tiene la obligación de pedir el dictamen al Tribunal Constitucional y si no lo hiciera estaría contraviniendo lo que dispone la Ley Fundamental. Sin embargo, la experiencia reciente ha demostrado que, en este caso, no solo el Primer Mandatario debe estar legitimado para acudir al Tribunal Constitucional, también el Congreso Nacional debería tener la legitimación activa por ser la otra parte involucrada en el asunto.

5. Control previo de instrumentos internacionales

Esta importante atribución también está vinculada con el control previo de constitucionalidad, puesto que es nece-

sario hacerlo antes de que el Congreso apruebe o ratifique un tratado o convenio internacional que luego deberá ser cumplido por el Estado con todas las consecuencias favorables o no, que traiga dicho instrumento. Justamente para precautelar los intereses del Estado se realiza este control constitucional, las cuestiones concernientes a la conveniencia de ratificar un tratado corresponde a la Función Legislativa.

En materia de tratados internacionales hay que destacar que la Constitución codificada de 1998 trajo nuevos lineamientos acordes con la evolución del Derecho Internacional Público. Así, se dio a los tratados una jerarquía jurídica superior al de las leyes que no lo tenían anteriormente, lo cual permitirá una solución fácil en caso de presentarse conflictos entre normas internas e internacionales (aceptadas por el Ecuador).

Si los tratados y convenios ocupan un rango inferior a la Ley Suprema, en cambio, aquellos instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos están incorporados a la propia Constitución, del mismo modo que los derechos fundamentales que ella reconoce y garantiza. Es decir, tienen igual jerarquía constitucional.[4]

Además, la Carta Política vigente ha modificado la normativa anterior en el sentido de precisar cuáles son los tratados y convenios internacionales que, necesariamente, el Congreso Nacional *"aprobará o improbará"* (Art. 161). Esta decisión toma la Legislatura después de obtener el dictamen del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, actualmente, no son todos los instrumentos internacionales que deben ser aprobados por la Función Legislativa como ocurría antes; a partir de 1998, las disposiciones constitucionales señalan cuáles son los instrumentos internacionales que por su especial contenido deben ser aprobados por el Congreso, dejando otros de menor trascendencia o complejidad a la aprobación directa del Presidente de la República.[5]

Frente a aquellos instrumentos internacionales que deben ser ratificados por el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional es competente para examinar, de manera previa a que conozca la Función Legislativa, si el tratado o convenio contiene cláusulas que contradigan las normas de la Constitución o si está en armonía con ella.

6. Aspectos procesales constitucionales

El procedimiento se inicia con el envío al Tribunal que hace el Presidente de la República del texto del tratado o convenio junto con el informe pertinente (elaborado por el Ministerio de Relaciones Exteriores). Para el estudio y decisión del organismo de control no existe un plazo determinado. El dictamen favorable o desfavorable que emita el Tribunal Constitucional será enviado al Congreso Nacional.[6]

En el caso de que el organismo de control encuentre que el tratado o convenio contiene cláusulas contrarias a la normativa constitucional, la Ley Suprema dispone que será necesario efectuar una reforma constitucional para aprobar dicho tratado o convenio, primero deberá hacerse la reforma respectiva y luego podrá el Congreso Nacional proceder a su aprobación.[7]

Vale insistir que, por mandato constitucional, este control preventivo es de carácter obligatorio. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el Tribunal Constitucional español cuya atribución en esta materia no tiene un carácter imperativo sino facultativo, en el sentido de que puede dictaminar únicamente cuando el Gobierno o cualquiera de las Cámaras lo solicitaren (Art. 95.2 Ley Orgánica del TC).

Para poner en práctica este control decíamos que el Presidente de la República solicita el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Es el Primer Mandatario que por mandato constitucional tiene legitimación procesal activa para acudir al organismo de control con el respectivo tratado o convenio.[8]

En este punto, de la legitimación activa, también una experiencia reciente demostró que no debe dejarse, únicamente, en la decisión presidencial el sometimiento de un tratado al Tribunal Constitucional para que éste dictamine, pues el titular del Ejecutivo puede querer que el Congreso no conozca de un instrumento internacional y alegar que no es de aquellos que según la norma constitucional deba aprobar la Legislatura.

En este caso de control previo, igual que en el caso de la objeción presidencial de inconstitucionalidad, sería adecuado y oportuno que el Congreso Nacional tenga legitimación procesal junto con el Presidente de la República.[9]

Notas

1 Ponencia presentada en el Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional en Monterrey, México (23-25 de septiembre de 2004).

2 Cf. Francois Luchaire: *Le Conseil Constitutionnel.* Ed. Economica, Paris, 1980, pp. 97 et ss. Dominique Rousseau: *La justice constitutionnelle en Europe.* Montchrestien, Paris, 1992, pp. 79 et ss.

3 Arts. 276 número 4, 277 inciso 7 y 154 de la Constitución.

4 Esto ocurre por mandato del Art. 17 de la Constitución del Ecuador cuando dispone: *"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.(...)"*

5 Arts. 276 número 5, 277 inciso 7, 161 y 162 de la Constitución.

6 El Congreso Nacional aprueba los tratados y convenios en un solo debate y *"con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso"*. (Art. 162 de la Constitución). Es decir, se requiere mayoría absoluta.

7 Arts. 162 y 276 número 5 de la Constitución vigente.

8 Art. 277, primer párrafo después del número 5, de la Constitución vigente.

9 La experiencia reciente está dada por el "caso de la base de Manta", relativo a un convenio celebrado con una jefatura militar de los Estados Unidos, por el cual se cede el aeropuerto militar del puerto de Manta con fines de combatir el narcotráfico en la frontera de Ecuador con Colombia, por cuyo motivo se amplió dicho aeropuerto, que quedó sujeto a regulación especial, para recibir a aviones no convencionales. En este caso, el Presidente de la República alegó que este convenio no era de aquellos que debía aprobar el Congreso, mientras que éste sostuvo lo contrario y envió al Tribunal Constitucional, organismo que en un fallo discutible dio la razón al Ejecutivo.

Sobre Libertad, Liberales y Libertarios: distinciones entre el Liberalismo Clásico y el Libertarianismo Contemporáneo

Sebastián Albuja

I. Introducción

En las últimas décadas, el pensamiento libertarianista ha adquirido cierto protagonismo en el mundo académico y en el ámbito político[1]. Los defensores del libertarianismo se han autoproclamado los verdaderos herederos del liberalismo clásico, y han sostenido que el liberalismo actual no plantea ni defiende adecuadamente las ideas fundamentales del liberalismo clásico. Para los libertarianistas modernos, el liberalismo de esta época, en todas sus variaciones, distorsiona los ideales del liberalismo clásico, mientras que el libertarianismo entiende e interpreta de manera precisa lo que el liberalismo clásico supone en nuestros días.

En este ensayo cuestiona y critica esta posición asumida por el libertarianismo moderno. Para ello, en primer lugar, explicaré de manera breve la posición liberal clásica sobre el rol legítimo del estado y la autoridad, propuesta por John Locke y John Stuart Mill, haciendo una breve referencia a la "Carta sobre la Tolerancia" de Locke y al libro "Sobre la Libertad" de Mill. Luego trataré de explicar la posición del libertarianismo actual acerca los límites del poder y la actividad estatal, haciendo referencia a las ideas propuestas por Robert Nozick.

Sobre la base de estas dos secciones, trataré de argumentar que la idea de que el liberalismo clásico de Locke y Mill desemboca necesariamente en el libertarianismo actual, del cual Nozick es quizá el más sólido defensor, es imprecisa y descansa sobre premisas incorrectas. Finalmente, intentaré hacer una crítica al argumento de Nozick en defensa del "estado mínimo" (*nightwatchman state*).

La "Carta sobre la Tolerancia" de Locke y "Sobre la Libertad" de Mill son dos piezas clave que contienen los argumentos fundacionales en defensa de la libertad. Estos autores parten de la premisa de que la libertad es un valor superior y que, por lo tanto, debe ser preservada a toda costa. Es decir, Locke y Mill no se ocupan de explicar y demostrar, a través de mecanismos de fundamentación moral, por qué la libertad es un valor superior que debe ser privilegiado frente a otros, como por ejemplo, el valor de la comunidad o de lo comunal[2]. Para estos dos autores, la mejor manera de proteger la libertad individual es determinar con precisión su alcance y sus límites. Adicionalmente, es imprescindible desarrollar mecanismos adecuados para evitar que el Estado limite la libertad. Sin estos mecanismos, señalan estos dos autores, el poder estatal necesariamente violará la esfera individual de libertad[3].

II. Locke: la Libertad y los Intereses Civiles

En su *Carta*, Locke desarrolla la distinción fundamental entre la naturaleza de dos instituciones: las organizaciones religiosas y el estado. A partir de esta distinción, Locke estructura los límites que se deben imponer a la autoridad estatal. La primera parte de su *Carta* despliega argumentos más bien religiosos y emotivos para fundamentar su posición de que los asuntos religiosos son de competencia exclusiva de la iglesia[4]. Sobre la base de estos argumentos, Locke hace un llamado a los encargados del poder, mayoritariamente cristianos en esa época: para ser consecuentes con los ideales y valores cristianos, deben abstenerse de decidir sobre las preferencias religiosas de los individuos bajo su gobierno.

Después de esta argumentación religioso-emotiva, Locke adopta un método puramente filosófico, por medio del cual señala que la función del gobierno debería estar limitada a la protección de ciertos *intereses civiles*[5]. Tales intereses civiles son aquellos relacionados con la seguridad física y el derecho a la propiedad. El poder estatal debe servir solamente para proteger tales intereses. Cualquier otra atribución dada al estado, conforme a Locke, es innecesaria e ilegítima.

Debido a que las creencias religiosas son asunto puramente individual, siempre y cuando no violen las *leyes civiles*[6] y los derechos de terceros, el estado debe abstenerse de obligar a los ciudadanos a respetar y observar cualquier religión particular, y, consecuentemente, no tiene la facultad de prohibir la práctica pública[7] de ceremonias religiosas. Locke argumenta que la fe no puede ser creada por vía del mandato legal y del uso de la fuerza, puesto que, si lo es, necesariamente será falsa e hipócrita. La libertad para adoptar un credo religioso y practicarlo en público no es un asunto que le concierne al estado, cuyo ámbito de acción se

reduce a proteger los intereses civiles de los individuos. Para Locke, finalmente, el estado debe abstenerse de progeter a los individuos de su propia negligencia o falta de cuidado[8]. En suma, para Locke, el rol del estado se reduce a garantizar la seguridad física de los ciudadanos, dejando todo el resto de esferas a la libre elección individual.

III. Mill: la Libertad y el Juego de la Suma Cero

Para Mill, la tensión entre la libertad individual y la autoridad estatal es un "juego de suma cero", es decir, libertad y autoridad están en una relación inversamente proporcional: mientras mayor autoridad tiene el estado, menor es el grado de libertad individual del que gozan los ciudadanos, y viceversa. Esta relación mutuamente excluyente entre libertad y autoridad hace imprescindible determinar los límites tanto de la libertad como del nivel de autoridad del estado. Para Mill, la falta de un mecanismo generalmente aplicable, a través del cual se pueda delimitar el campo de acción de libertad y autoridad lleva a una contradicción atroz: la libertad es protegida cuando no debería serlo, y negada cuando debería ser permitida. Para corregir esta situación, Mill estructura un principio universal del cual se pueden deducir los casos en los que la acción estatal está legitimada y aquellos en que no lo está.

Este principio propone, esencialmente, que el estado sólo está legitimado a invadir la esfera de libertad de los individuos con el fin de evitar que éstos perjudiquen a terceros. Es el principio del "daño o perjuicio a terceros". En otros términos, las acciones de los ciudadanos sólo deben y pueden ser prohibidas si de alguna manera van en contra de los intereses de otros. Excepcionalmente, Mill concede que el estado puede intervenir para prohibir ciertos actos que conciernen solamente al individuo que los realiza, pero sólo si tales actos pueden dañar a otros *indirectamente*[9].

Después de formular el principio universal del "daño o perjuicio a terceros", Mill lo contextualiza aplicándolo a algunas situaciones específicas. Al hacerlo, encuentra casos simples y casos difíciles. Estos últimos lo llevan a admitir ciertas excepciones al principio, algunas de las cuales parecen razonables. Sin embargo, otras son definitivamente un poco más *ad hoc*, es decir, parecen algo forzadas—con el fin de salvar el principio, ciertamente. Algunos ejemplos de este último tipo de excepciones son: a) Nadie puede firmar un contrato según el cual consienta en convertirse en el esclavo de alguien más[10]; b) No se debe permitir el matrimonio si los participantes en este contrato no tienen la capacidad económica para sostener a su prole; c) Los actos "indecentes" no deben ser permitidos; d) Los padres de familia deben estar obligados a matricular a sus hijos en la escuela[11].

IV. Nozick y el Estado Mínimo

Robert Nozick, un filósofo de los derechos[12], aborda el mismo tema: los límites que la libertad individual y la autoridad deben tener, y los roles admisibles para el estado. Para este autor, el rol del estado se encuentra limitado—o debe estarlo—a las funciones de "proteger a los individuos de la fuerza, el robo, el fraude, y al cumplimiento de los contratos. Cualquier estado más extensivo viola los derechos de las personas a no ser forzadas a hacer ciertas cosas, y está injustificado"[13]. Esta última afirmación es un elemento crucial de su esquema de pensamiento.

Para Nozick, las actitudes paternalistas del estado deben ser frontalmente rechazadas. Es decir, el estado no tiene ninguna competencia ni facultad para señalar a los individuos qué decisiones tomar en aquellos ámbitos que incumben a su vida privada. En el mismo sentido, el estado no está legitimado para forzar a la gente a ayudar a terceros[14].

Esta idea tiene repercusión directa en el ámbito de los impuestos. Para Nozick, cualquier forma de imposición constituye un mecanismo de altruismo forzado: al cobrar impuestos, el estado obliga a aquellos que producen y consumen a financiar actividades que van en beneficio de otros, que no están en la capacidad de producir y consumir bienes y servicios. Adicionalmente, Nozick fundamenta su oposición a los impuestos con la provocativa frase de que "los impuestos sobre las ganancias provenientes del trabajo están a la par con el trabajo forzado"[15]. En palabras de Nozick, "apropiarse de las ganancias de *n* horas de trabajo equivale a tomar *n* horas de alguien; es lo mismo que forzar a alguien a trabajar *n* horas para beneficio de otro"[16].

También se sigue del argumento de Nozick en defensa de lo que el llama el "estado mínimo"[17] que el rol del gobierno no incluye, de ninguna manera, el de distribuir y redistribuir bienes. No hay tal cosa como una distribución *central* de bienes, puesto que cada persona adquiere lo que tiene de otros, no de una entidad centralizada de distribución. Por tanto, para determinar cuál es el mecanismo más apropiado para la distribución de la riqueza, se deben seguir principios históricos de justicia. Tales principios permiten determinar cómo las personas adquirieron lo que tienen, y, consecuentemente, si tal adquisición fue legítima[18].

De la misma manera, para Nozick el estado no debe estar legitimado para usar la coerción con el fin de mantener un modelo de distribución dado (*pattern*). Un modelo de distribución es un sistema que indica cómo deben repartirse los bienes en una sociedad. Por ejemplo, un modelo de distribución es aquel según el cual todos deberían recibir partes iguales de riqueza. Otro, que los bienes y la riqueza deben ser distribuidos en relación al mérito. Así, pueden haber tantos modelos de distribución cuantos valores una sociedad considere necesario defender.

Para Nozick, mantener cualquier modelo de distribución necesariamente requiere de actividad estatal, puesto que "la libertad desordena los patrones" (*liberty upsets patterns*). Las transacciones libres y voluntarias que los individuos realizan (vender, donar, legar, etc) automáticamente afectan el modelo original de distribución, cualquiera que este sea. Así, si el modelo o patrón original es que "todos deben recibir de acuerdo al mérito", éste se ve afectado si alguien recibe un cuantioso bien por vía de un legado o de una donación, sin tener el mérito que le permita recibir el bien legítimamente, es decir, la *cantidad* de mérito equivalente al *valor* del bien que recibe. Para evitar este *de-*

sordenamiento de lo los modelos de distribución, se requiere de una fuerta intervención estatal que controle y limite la libertad de hacer con los bienes lo que uno considere apropiado, como donarlos a alguien que no merece recibir una generosa donación[19]. Esta intervención, para Nozick, es absolutamene ilegítima y no debe ser permitida.

V. Si Locke y Mill, ¿entonces Nozick?

Teniendo estos planteamientos en mente, es posible ahora evaluar la validez de la afirmación que plantea que las posiciones de Locke y Mill (descritas en los acápites II y III), suponen o llevan implícita la posición de Nozick (descrita en el acápite IV). En mi opinión, esta propuesta es imprecisa. En otros términos, es inadecuado argumentar que el libertarianismo moderno es el verdadero heredero del liberalismo clásico.

Después de un primer análisis de las ideas planteadas en los párrafos anteriores, se puede concluir razonablemente que el principio desarrollado por Mill (el principio del "daño o perjuicio a terceros"), y el argumento principal establecido por Locke (el rol del estado se reduce a proteger ciertos intereses civiles), implican o suponen la idea central de Nozick (el rol del estado debe estar limitado a proteger a las personas de la fuerza, robo, fraude, y al cumplimiento de los contratos. Cualquier estado que tenga más atribuciones violenta los derechos de los individuos a no hacer ciertas cosas, y no debe ser permitido.) Sin embargo, a continuación veremos que esta conclusión es falsa.

La primera afirmación central de Nozick es que el rol del estado debe estar limitado a proteger a las personas de la fuerza, robo, fraude, y al cumplimiento de los contratos. Es evidente que este planteamiento es muy similar al principio del "daño a terceros" de Mill y al argumento de los "intereses civiles" de Locke. De hecho, sus efectos son los mismos.

Sin embargo, el segundo planteamiento de Nozick, es decir, que "...cualquier estado que tenga más atribuciones violenta los derechos de los individuos a no hacer ciertas cosas, y no debe ser permitido" es completamente distinto a los planteamientos de Locke y Mill. Esta segunda afirmación parece fluir naturalmente de la primera, es decir, parece ser una conclusión lógica que se desprende automáticamente de la idea inicial. O, más aún, el segundo planteamiento parece tener la función de reafirmar el primero, reescribiéndolo en otras palabras. Sin embargo, en realidad, el segundo planteamiento de Nozick es una adición sustancial al primero, y tiene efectos trascendentales. Por lo tanto, el segundo planteamiento de Nozick es una adición a las ideas de Locke y Mill, la cual, aunque aparentemente no aumenta nada sustancial a ellas, en realidad tiene el efecto de modificar, ampliar y aumentar variaciones importantes al pensamiento de estos dos autores. En otros términos, el segundo planteamiento de Nozick es una *adición* a las ideas de Locke y Mill, no una *conclusión* extraida de aquéllas. Y esta adición implica, fundamentalmente, que el estado no debe tener la potestad para recaudar impuestos y, por tanto, proveer servicios públicos a los ciudadanos.

Los libertarios modernos no ven esta distinción clave. Por ello afirman que su pensamiento fluye naturalmente de las ideas centrales del liberalismo clásico. Sin embargo, es claro que los fundamentos del pensamiento libertarianista de Nozick provienen precisamente de esta *adición* que él hace a los planteamientos originales de Locke y Mill. Cualquier persona puede aumentar lo que le parezca a las ideas de otros, y de esta manera llegar a conclusiones e implicaciones nuevas. Sin embargo, sería impreciso afirmar que las nuevas conclusiones e implicaciones fueron producto de las ideas iniciales: el conjunto de ideas iniciales jamás hubiera producido las nuevas conclusiones, si no habría sido, precisamente, gracias a la adición que alguien más llevó a cabo.

Consideremos ahora un argumento que se podría plantear para sostener que las ideas de Locke suponen y producen, automáticamente, los planteamientos de Nozick. Uno de los intereses civiles que el estado tiene la obligación de proteger, conforme a Locke, es la propiedad. Si el estado debe proteger el derecho individual a la propiedad, podría decirse que la imposición de tributos no debería ser permitida, pues cobrar tributos equivale a apropiarse de recursos que pertenecen a los individuos. Este argumento es falseado por la siguiente razón: Locke afirma que el estado debe proteger a los individuos de los actos abusivos de *otros individuos* que vayan en detrimento del derecho a la propiedad[20]. Locke jamás excluye, de manera expresa o tácita, la posibilidad de que el estado—no los individuos encargados del poder, pues estos actúan en ejercicio de las potestades que les da la ley—limite la propiedad de los individuos mediante la imposición de impuestos con el fin de financiar sus actividades y prestar los servicios públicos que esté en la capacidad de prestar de manera eficiente. Es decir, imponer tributos es una limitación aceptable al derecho a la propiedad individual (siempre y cuando se lo haga mediante una ley sancionada previamente).

Adicionalmente, hay que considerer que, debido al momento histórico en el que escribe Locke, y, posteriormente Mill, el enfoque de sus ideas está en los límites que se deben imponer a las potestades del estado con el fin de que éste no violente la libertad individual. El análisis de estos dos autores se preocupa, fundamentalmente, de los límites *negativos* del poder estatal. El enfoque de Nozick, en contraste, está en los límites *positivos* a la acción estatal. En otros términos, Mill y Locke se preocupan mayoritariamente de lo que el estado *no debe hacerles a las personas*[21]. Nozick, por el contrario, se ocupa en mayor medida de lo que el estado no *puede hacer para las personas*[22].

VI. El estado mínimo o la ausencia del estado

Una vez que he argumentado que las ideas de Locke y Mill no suponen los planteamientos libertarianistas de Nozick, trataré de sostener que una pieza central del pensamiento libertarianista, es decir, la idea del *estado mínimo* es incorrecta.

Conforme a Nozick, la única potestad legítima del estado es proteger a los individuos de la fuerza, el robo y el fraude, y garantizar el cumplimiento de los contratos. Es

decir, para Nozick, el estado básicamente existe con el fin único de garantizar la seguridad física de los ciudadanos. En otros términos, el estado no puede ni debe asumir la carga de prestar cualquier otro tipo de servicios públicos que no sean los de policía.

Asumamos ahora que la fundamentación de este argumento es que el estado debe proveer este servicio porque los individuos no pueden garantizarlo por sí mismos sin invertir una cantidad excesiva de tiempo y energía en hacerlo[23]. Si este es el razonamiento detrás del argumento que el el único rol que el estado debe tener es la provisión de servicios de policía, se podría argumentar, sobre la base del mismo razonamiento, que el estado debería también proveer otro tipo de servicios a los ciudadanos, como salud o educación. Es claro que la gente no está en capacidad de garantizar sus propios servicios de salud o educación, en la misma medida que no está capacitada para garantizar su seguridad. No hay ninguna razón por la cual los servicios de seguridad deban recibir un trato distinto que los servicios de salud o educación. No existe fundamento para argumentar que el "estado mínimo" no debe garantizar estos servicios mientras que sí debe prestar los servicios de policía[24].

Por otra parte, el planteamiento central de Nozick contiene una contradicción que le resta solidez y que debería ser suficiente para llevarnos a rechazarlo. Nozick argumenta que cualquier estado con roles más extensivos que aquellos asginados al "estado mínimo" viola los derechos individuales. Lo hace por la siguiente razón: para poder llevar a cabo las responsabilidades o cargas asignadas a un estado más extensivo que el "estado mínimo", éste debe, necesariamente, afectar la libertad individual, principalmente porque tales cargas deben ser financiadas de alguna manera. Para financiar cualquier actividad asignada a un estado más extensivo que el "estado mínimo", se debe imponer tributos, y, para este autor, la recaudación de tritubos viola los derechos individuales.

La contradicción que encierra este argumento es muy sencilla: para garantizar la seguridad física de los ciudadanos—una carga que, conforme a Nozick, el "estado mínimo" sí debe asumir"—es necesario imponer tributos. Si para Nozick los impuestos violan los derechos individuales, es evidente que no se puede imponerlos bajo ninguna circunstancia. Por tanto, es contradictorio afirmar que los impuestos recaudados para financiar los servicios de policía son admisibles, mientras que los impuestos recaudados para financiar cualquier otro servicio público no lo son[25].

En otros términos, el "estado mínimo" descansa sobre una estructura falsa. Cuando Nozick argumenta que "los impuestos están a la par con el trabajo forzado", en realidad está argumentando a favor de la desaparición del estado, no a favor del "estado mínimo". Por tanto, no tiene sentido aceptar su planteamiento de que el "estado mínimo" es el estado más extensivo que se puede permitir, pues el "estado mínimo", en la forma en que Nozick lo plantea, es, en realidad, un estado inexistente.

Referencias

1. Locke, John, *A Letter Concerning Toleration*, Indianapolis: Hackett, 1983.
2. Mill, John Stuart, *On Liberty,* en "The Classical Utilitarians", John Troyer, Ed, Indianapolis: Hackett, 2003.
3. Nathanson, Stephen, *Economic Justice*, Upper Saddle River: Prentice Hall, 1998.
4. Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1974.
5. Wolff, Jonathan, *Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State*, Stanford: Stanford University Press, 1991.

Notas

1 Varios autores han desarrollado el pensamiento libertario en las últimas décadas, entre ellos, principalmente Robert Nozick, Tibor Machan, Douglas Rasmussen. Paralelamente, cada vez existen más organizaciones y partidos políticos libertarios en distintos países. Como ejemplos, ver www.libertarian.org, o www.libertario.org

2 Para una defensa de la posición comunitarista ver las obras de A. MacIntyre, Michael Sandel y Michael Walzer, entre otros. El comunitarismo argumenta que el excesivo privilegio que se le ha dado a la libertad en los últimos tiempos es contraproducente, pues ha creado una sociedad de individuos aislados y apáticos. Para la corriente comunitarista, la identidad individual se construye necesariamente sobre la base de una fuerte conección con las comunidades más próximas. El liberalismo debilita la cohesión de las comunidades al poner el interés individual antes que el interés común.

3 Mill señala que, además del Estado, las fuerzas sociales tienen la capacidad de violar la libertad individual. Sin embargo, su enfoque se ocupa mayoritariamente en los controles al poder estatal, y no tanto en los mecanismos requeridos para evitar que las fuerzas sociales afecten la libertad individual.

4 Al decir la iglesia, me refiero a cualquier organización religiosa, independientemente de su denominación.

5 Los *intereses civiles* son, conforme a Locke: "vida, propiedad, salud, indolencia del cuerpo; y la posesión de cosas materiales, tales como dinero, tierras, casas, muebles y demás" (Locke, 26). La traducción es mía.

6 Con esta terminología, el autor hace referencia a les leyes dictadas por el estado, definidas por oposición a las leyes o mandatos religiosos.

7 Nótese que el tema crucial es la práctica pública de ceremonias religiosas, puesto que se asume que la práctica privada excluye, *ab initio*, la intervención estatal.

Notas

8 Es decir, el argumento de Locke, y, por tanto, el argumento liberal, es que un adulto en uso de razón está en mejor posición que el Estado para decidir lo que le conviene. Una consecuencia lógica de esta idea es, por ejemplo, la despenalización de las drogas.

9 Por ejemplo: los individuos son libres de consumir alcohol en la medida en que lo consideren apropiado. Sin embargo, si alguien ha cometido un homicidio en estado etílico, debería ser lógicamente aceptable que en el futuro ciertas restricciones se impongan a la libertad que esa persona tiene para consumir alcohol.

10 La razón por la que esta excepción es forzada es que parte del argumento de Mill es que el estado no puede prohibir actos que afecten exclusivamente a la persona que los realiza. En este caso, venderse como esclavo afecta sólo a quien consiente en hacerlo. Por lo tanto, no debería haber razón para prohibir tal venta consentida.

11 Esta no es una excepción propiamente dicha, pues privar a los hijos de educación es un acto que les trae inminente perjuicio, es decir, es un acto que afecta a terceros.

12 Con este término me refiero a las teorías de justicia fundadas en los derechos. La denominación original en inglés es *rights theories of justice*. Para este género de teorías, avanzadas principalmente por Nozick y Dworkin, la condición de la justicia es la protección adecuada los derechos individuales que las personas tienen inherentemente. Esta protección es una protección *negativa:* se hace justicia cuando nadie interfiere ni perturba los derechos individuales. En contrase, las *procedural theories of justice,* plantean que la condición para que haya justicia es que se lleve a cabo un procedimiento adecuado mediante el cual los individuos lleguen a un acuerdo sobre los principios universales de justicia. En este esquema, no se parte de que los derechos individuales son un absoluto que debe protegerse, sino que los principios de justicia a los que los participantes en el debate racional lleguen, serán univerales y siempre aplicables. De este género es la teoría de la justicia de Rawls: un arreglo justo y equitativo es aquel al que llegan los individuos después de una deliberación racional, en la que nadie sabe cuáles son sus propias cualidades y talentos: *justice as equity behind the veil of ignorance*.

13 Ver Nozick, *Anarchy, State and Utopia*., pp. ix. La traducción es mía.

14 En este punto, es importante notar que Nozick, a diferencia de otros autores, no está en contra del altruismo *per se*. El se opone al altruismo *forzado*, esto es, aquel al cual los indivudos son obligados por el estado.

15 La traducción es mía. La frase original de Nozick es: *"Taxation of earnings from labor is on a par with forced labor"*. Ver Nozick, pp. 169.

16 La traducción es mía. La cita original es: *"taking the earnings of n hours labor is like taking n hours from the person; it is like forcing the person to work n hours for another's purpose."* Ver Nozick, pp. 169.

17 Los estados modernos están integrados por varias áreas o ramas a las cuales asignan los fondos provenientes de los impuestos. Por ejemplo, existen áreas destinadas a la defensa, educación, salud, seguridad transpote, entre otras. El estado mínimo o el el *nightwatchman state* es aquel que se limita a la prestación de los servicios de seguridad o policía. Para Nozick, todo el resto de áreas no son competencia del estado. Para una explicación detallada del concepto del "estado mínimo", ver Jonathan Wolff, *Robert Nozick*.

18 Para un mayor desarrollo sobre el tema, es necesario referirse a la llamada *Entitlement Theory of Justice* de Nozick, en la cual el autor defiende la validez de los *historical principles of justice,* y critica los *end-result principles of justice*. Simplificando con fines ilustrativos, el planteamiento de los *historical theories of justice* es el siguiente: para determinar si la distribución de bienes es justa, es imprescindible descubrir cuál es la historia de la adquisición y transferencia de dichos bienes. En un primer momento, la propiedad de los bienes se adquiere de manera originaria, mediane apropiación. En un segundo momento, la propiedad se adquiere por transferencia (intercambio, donación o compra). Así, para saber si una distribución es justa, es necesario, simplemente, determinar si quienes tienen bienes los adquirieron por una apropiación pacífica, o mediante una transferencia justa, es decir, sin fraude o fuerza. Dentro de este esquema no es relevante *quién tiene cuánto,* sino simplemente la manera en la que se adquirió la propiedad. Por el contrario, los *end-result principles of justice* determinan si una distribución es justa precisamente conforme a lo que tienen los individuos. Es decir, para la primera teoría, si Juan tiene 10 y Pedro tiene 1, se trata de una distrubución justa siempre que Juan y Pedro hayan adquirido lo que tienen originariamente, o por un intercambio, donación o compra legítima. Es esta la perspectiva que utiliza el derecho: lo importante es la validez del título y por tanto del derecho, independientemente de consideraciones *externas*. Por el contrario, para la segunda teoría, si Juan tiene 10 y Pedro tiene 1, se trata de una distribución injusta, pues Juan tiene más que Pedro.

19 El ejemplo con el cual Nozick ilustra que *liberty upsets patterns* es el siguiente: supongamos que se establece un modelo de distribución cualquiera, con el cual todos están de acuerdo. Este es el modelo D1. Ahora supongamos que mucha gente tiene interés en ver jugar a Wilt Chamberlain, un deportista muy popular. Todos quienes compren un boleto para ver un partido en el que juega Chamerlain, aceptan donar, adicionalmente, un dólar para Chamber-

Notas

lain. Con este sistema, Chamberlain acumula $250,000, mucho más que lo que el resto de gente tiene. Esta es una nueva distribución, D2. Nozick pregunta, ¿es justa la distribución D2?, ¿tiene Chamerlain derecho a esta suma? Para el autor, definitivamente que sí lo tiene, pues fue producto de una donación voluntaria de quienes quisieron verle jugar. Si D1 era una distribución justa (lo cual se asumió al inicio), y todos escogieron voluntariamente la nueva distribución D2, no es D2 una distribución justa? Evidentemente que lo es. La conclusión es que para mantener la distribución original D1, sería necesario prohibir este tipo de transferencias voluntarias, lo cual sería una interferencia injustificada en la libertad. Ver Nozick, pp. 163.

20 Locke escribe: "Es la tarea del Magistrado Civil, mediante la aplicación imparcial de leyes iguales, garantizar a todos los ciudadanos en general, y a todos los individuos en particular, la posesión justa de éstas cosas que pertenecen a esta vida. Si alguien intenta violar las Leyes Públicas de Justicia y Equidad, sancionadas para la preservación de tales cosas, su Acción debe ser reprimida por miedo al Castigo. Ver Locke, 26. La traducción y el subrayado son míos.

21 En los últimos párrafos de "Sobre la Libertad", Mill sí aborda el tema de las tareas que el estado debe hacer *para los individuos*. Concluye que el estado debe mantenerse alejado de aquellas tareas que pueden ser realizadas de mejor manera por aquellos directamente interesados en ellas. Sin embargo, es importante notar que estos argumentos son desarrollados tangencialmente dentro de su argumento. Lo fundamental—y lo que ocupa la mayoría de su ensayo—está frontalmente enfocado en los límites *negativos* a las funciones estatales. Ver Mill, 236-242.

22 Esta distinción es evidente en la teoría y práctica de los Derechos Humanos. Los llamados "derechos de primera generación" que incluyen los derechos civiles y políticos, están orientados a proteger a los individuos de las acciones abusivas del estado. Por otra parte, los llamados "derechos de tercera generación", es decir, los derechos económicos, sociales y culturales, establecen la obligación del estado de proveer ciertos bienes y servicios, como educación y vivienda, con la limitación de la disponibilidad de los recuros públicos.

23 Para que todos los ciudadanos estén en la capacidad de garantizar su propia seguridad, deberían invertir mucho tiempo y recursos en entrenamiento de artes marciales o defensa personal, lo cual reduciría su capacidad de realizar el resto de actividades.

24 La idea de que el estado está legitimado para prestar otros servicios sobre la misma base que está legitimado para prestar protección policial es planteado por Stephen Nathanson, al criticar la idea de Hospers de que el estado debe proveer seguridad porque los individuos no pueden hacerlo por sí mismos. La traducción es mía. Ver Stephen Nathanson, *Economic Justice*, pp. 117.

25 Este argumento es propuesto por Stephen Nathanson. El escribe: "Nozick acepta la legitimidad de los impuestos. El piensa que es legítimo cobrar impuestos con el fin de financiar la policía, las cortes, el ejército, y otras instituciones del estado mínimo. Si él no creyera esto, sería un anarquista. La traducción es mía. Ver Stephen Nathanson, *Economic Justice*, pp. 78.

Espíritu de modernidad y supervivencias feudales en la conquista española de América

Fernando de Trazegnies Granda

I. Planteamiento de la cuestión

La tesis que plantea este ensayo puede resumirse en la idea de que la conquista española de América asume hasta un cierto punto los nuevos valores de esa modernidad que en el S. XVI comienza a marcar el camino de la historia europea; pero, a su vez, la Conquista despierta muchos fantasmas del pasado y de alguna manera reanima formas sociales medievales dentro de un contexto temporal y cultural absolutamente diferente de aquel que les dio origen. Y es así como se crea en América una particular dialéctica entre lo nuevo y lo viejo, entre la modernidad y las formas medievales.

Dentro de este contexto, cabe preguntarse si la conquista de América por España es una expresión de los nuevos tiempos modernos que apuntan en ese horizonte histórico o si, por el contrario, constituye un remanente feudal dentro de un mundo que comienza a cambiar. Y, en verdad, lo sucedido en Indias es difícil de clasificar.

II. Vacilaciones entre las ideas modernas y los residuos feudales

1. La empresa renacentista

a. Nacimiento del individualismo

Desde una cierta perspectiva, podría decirse que esta extraordinaria hazaña constituida por el descubrimiento y la Conquista de América es una típica obra renacentista: esa sed no sólo de gloria sino también de riqueza que impulsa al conquistador, ese afán de romper los estrechos límites parroquiales para lanzarse al descubrimiento de nuevas tierras, ese dinamismo creador de mundos, parecen corresponder mejor a una versión "tremendista" de lo que ahora entendemos por Renacimiento, antes que a una continuación del ordenado espíritu medieval.

Aún cuando el conquistador no sea precisamente la personificación de ese **uomo universale** que ha dominado todos los elementos de la cultura de su tiempo, sin embargo su espíritu está imbuido de una nueva noción de gloria, más individual, mas desorbitada, que lo aproxima a la mentalidad renacentista. El hombre medieval tenía como un ideal -alcanzable sólo por algunas personas- la realización de hazañas gloriosas; pero el Renacimiento democratiza este ideal, lo generaliza, hace que todo hombre se sienta capaz de pretenderlo. Y, entonces, surge "con inquietante evidencia, una ambición sin límites y una sed de grandezas, independiente de todos los medios y consecuencias", "un ardiente deseo de lograr algo grande y memorable" a cualquier precio[1]: los italianos desarrollaron esta aspiración innovadora en la política y en el arte; los españoles lo hicieron en la navegación y en el descubrimiento de nuevos mundos.

El entusiasmo de lo nuevo, el espíritu individualista incipiente y la democratización del deseo de gloria que aporta el Renacimiento van a encender la mente del hombre español del S. XVI. Y es en ese sentido renacentista de afirmación del individuo que debemos entender la afirmación de Ots Capdequí cuando afirma que "el descubrimiento, conquista y colonización de América española fue *una obra eminentemente popular*. Significa esto que en las expediciones descubridoras *predominó el esfuerzo privado, individual, sobre la acción oficial del Estado*"[2]. Esfuerzo privado en los empresarios de la conquista, entusiasmo individual y popular en ese gran número de españoles que decidieron lanzarse a la aventura, ampliar sus horizontes hasta lo desconocido y obtener las deseadas glorias y riquezas.

Como indica Maravall, en España se desarrolla con Carlos V, paralelamente a la afirmación medieval del Imperio, una afirmación renacentista que se manifiesta en una concepción del hombre considerado como "un existente concreto y singular, en su dramática conexión con el mundo en torno"[3].

b. Nacimiento del Estado

Es también, sin lugar a dudas, una manifestación de la modernidad la aparición de ese Estado central que se atisba en España a fines del S. XV, al que antes me he referido en este ensayo y que irá poco a poco consolidándose hasta devenir en u Estado-Nación, superando las particularidades y la difusión del poder político que es característica de las sociedades medievales.

Desde fines del S. XV se marcan en Europa ciertos procesos que habían venido desarrollándose durante la Baja Edad Media que implican nuevos valores, una dinamización del comercio y la formación de nuevas estructuras sociales, todo lo cual va acompañado de una importante transformación política en el sentido de una concentración del poder en el Rey, un reordenamiento administrativo a través de una naciente burocracia y una reducción de la importancia de la nobleza feudal[4]. En realidad, esta nobleza guerrera había perdido en el S. XVI gran parte de su justificación en razón del desplazamiento de la tecnología bélica del arco y la lanza al cañón y al arcabuz, lo que limitaba la eficacia de la caballería y privilegiaba una infantería constituida por batallones disciplinados; por otra parte, ese nuevo tipo de ejércitos profesionales que requería la guerra moderna no podía ser reclutado por señores feudales locales que carecían de la capacidad económica para ello[5]. De esta forma, la nobleza heroica, constituida por los señores feudales y sus mesnadas o huestes, deja de ser el soporte militar del Estado. En adelante, el Rey no necesitará recurrir a un juego de alianzas locales, vasallajes condicionados y lealtades inestables para reunir un ejército, sino que contratará mediante un sueldo –de ahí la denominación de "soldados"- a una tropa totalmente sometida a su autoridad y organizada como un solo cuerpo.

En España, según Tomás y Valiente, es con los Reyes Católicos que aparece el Estado[6], aun cuando el régimen señorial juega todavía un cierto papel hasta las Cortes de Cádiz[7]. La aparición del Estado significa que aumenta la administración estatal (la burocracia, en el sentido weberiano del término), surgen instituciones políticas centrales, se crean ejércitos estatales permanentes y se restringen las huestes o mesnadas señoriales, aumentan las relaciones interestatales. Todo ellos requiere una mayor financiación de los gastos del Estado, lo que da lugar a la tributación nacional. Tomás y Valiente define el cambio de la siguiente manera: "Llamamos Estado a la configuración del poder político sobre estas bases y estas instituciones: Monarquía, Consejos, burocracia, ejército, diplomacia, Hacienda"[8]. El Estado, como dice Maragall, es una novedad que acompaña a una sociedad en transformación hacia la modernidad[9] y que aparece "como ámbito de una visión dinámica y hacia adelante de la historia"[10] y se manifiesta como "un nuevo y gran esfuerzo unificador"[11] frente a la disgregación del poder político que se aprecia en la Edad Media.

El acceso de los Austrias a la Corona española contribuye a impulsar un proceso de modernización. Carlos V, paralelamente a la afirmación medieval del Imperio, aporta un nuevo perfil renacentista al horizonte de la vida española[12]. Entre la influencia borgoñona y la italiana, surge una nueva concepción del hombre, considerado como "un existente concreto y singular, en su dramática conexión con el mundo en torno"[13]. El espíritu renacentista reubica al hombre en el mundo: ahora "tiene ante sí el enorme problema de reconstruir su mundo, partiendo de sí mismo, partiendo de su posición con él, ante lo cual tiene que revisar las relaciones de cuanto le rodea"[14].

Dentro de esta línea, Carlos V contribuye a consolidar también en España el Estado central. La antigua nobleza local se opuso a las tendencias absolutistas de Carlos V y de su corte extranjera, lo que la llevó a una cierta actitud pasiva y hasta complaciente frente a la revuelta comunera de 1520. Sin embargo, cuando ese estallido popular amenaza los privilegios de la nobleza tradicional, ésta acude al Emperador para ofrecerle sus servicios pero también -y quizá fundamentalmente- para solicitar su protección. Carlos V debelará la revuelta; pero, al mismo tiempo, da un paso adelante en la sumisión de la nobleza feudal a la Corona y en la transformación de ésta en una nobleza cortesana[15]. Maravall considera que la revolución de los Comuneros fue el primer movimiento por la democracia y la igualdad social[16]; y dice que hay que "reconocer a los comuneros un papel bien destacado en la historia de la libertad democrática en España"[17]. Pero esa revolución popular es un gesto fuera de época. El camino de la modernización no pasa por ese tipo de revueltas sino que requiere previamente la constitución clara de un Estado, con la dosis de absolutismo que ello implica. Es sólo del otro lado de de esta primera etapa constructiva que será posible volver a plantear las reivindicaciones sociales más democráticas e igualitarias.

Por otra parte, la necesidad de administrar territorios lejanos –como los recién conquistados de América- obliga a desarrollar una burocracia directamente vinculada a la Corona. Y este proceso de monopolización de la fuerza por el Poder Real y de formación de una administración estatal[18], continuará durante el reinado de Felipe II, más centrado en España misma[19].

Un siglo más tarde, la llegada de los Borbones al trono de España, acentúa este proceso de creación de un Estado moderno, unitario, vinculado a la idea de Nación y gobernado por una administración especializada. En el S. XVIII las reformas borbónicas en este sentido se suceden una tras otra: la sustitución de los corregimientos por Intendencias, el establecimiento de un régimen de tributos que grave a todas las actividades (a pesar de la protesta de los indios que alegan que ciertos negocios que ellos realizan están exonerados desde tiempos ancestrales y que ello constituye una costumbre que debe respetarse), son todas medidas que conducen a la organización de un Estado moderno. Es probable que los Borbones hayan conducido este proceso en forma torpe y que estas reformas hayan sido sentidas como agresiones a los derechos consuetudinarios de la población indígena. Pero no cabe duda que, aunque impuestas en forma desatinada, se trataba de un impulso en la dirección correcta de la Historia, adentrándose en el proceso de modernización.

c. El urbanismo indiano

La influencia renacentista de la conquista se advierte en una serie de otros factores. No es posible ocuparnos de todos ellos, pero baste señalar los aspectos urbanísticos. García-Gallo señala que en España se había comenzado a ensayar un plano de ciudades "en cuadro" desde fines del S. XII[20], posiblemente por influencia de la lectura de Aristóteles[21]. Pero es sin duda el Renacimiento italiano que impulsa un nuevo tipo de ciudad, organizada como una rejilla de calles rectas, al estilo de la ciudad romana con sus **cardines** y **decumani**, más acorde con el espíritu geométrico

que comienza a insinuarse en la época. En Europa, las nuevas ideas urbanísticas eran de difícil aplicación debido a que las ciudades medievales eran complicadas aglomeraciones de calles retorcidas que giraban en todos los sentidos. Salvo al costo de una destrucción muy importante de lo antiguo, a lo que no siempre se estaba dispuesto, la ciudad europea dejaba poco campo para experimentar otros modelos de trazado. En cambio, en América las ciudades eran todavía proyectos por hacer. Por ello el conquistador español, imbuido de la mentalidad renacentista, funda ciudades "tiradas a cordel": aun los pueblos más pequeños, aquellos perdidos entre las ásperas quebradas de los gigantescos Andes, son construidos como un damero, en cuyo centro se deja un espacio para la Plaza de Armas y en torno a la cual se desarrolla geométricamente la vida urbana.

* * *

No cabe duda de que quienes representaban los nuevos tiempos en el S. XVI percibieron de alguna manera este sentido renacentista del descubrimiento de América. En los oídos de los hombres de la época resuenan con nuevos bríos -no sin cierta preocupación- los versos de Lucrecio:

> **Verum, ut opinor, haber novitatem summa, recensque Natura est mundi, neque pridem exordia cepit: Quare etiam quaedam nunc artes expoliuntur, Nunc etiam augescunt; nun addita navigiis sunt Multa**[22].

2. Supervivencias feudales

a. España: modernización cauta

Ahora bien, paralelamente a este espíritu renacentista, en un primer momento en América parece que se va a dar un paso atrás. Hay una cierta añoranza por un régimen de "poder incompleto"[23], como llama Paulo Grossi a la organización social de la Edad Media, constituida por un mosaico de poderes locales con una cierta autonomía frente al Poder central y con facultades de gobierno muy significativas. Y es por ello que, aprovechando la distancia de la Corona, surgen en América intentos de restablecer un cuadro político más autónomo, más feudal. Parecería que las formas políticas y sociales de la Edad Media van a regresar para instalarse en América, a pesar de que están perdiendo vigencia en Europa. No cabe duda de que la ocupación de estas tierras nuevas por hombres armados que operan como las antiguas mesnadass, sin una organización que inicialmente dependa en forma directa de la Corona y actuando muy lejos de la posibilidad de supervisión de ésta, produjo una revivificación de elementos medievales.

España se encontraba en proceso de unificación y de creación de un Estado central moderno. Sin embargo, cuando se produce el descubrimiento de América, ese proceso no ha culminado ni tampoco ha nacido todavía una burguesía que represente social y económicamente a los nuevos tiempos. Por consiguiente, si bien la Edad Media estaba en vías de desaparición en toda Europa, en España -por muchas razones que no es del caso examinar- se estaba intentando preservar algo del viejo orden dentro del nuevo. En estas condiciones, no es de extrañar que los conquistadores, dentro de la atmósfera de las hazañas bélicas que estaban realizando en el otro lado del mundo, se sintieran de alguna manera independientes y pretendieran crear en las nuevas tierras una administración menos vinculada al Estado central y más cercana a la organización feudal: no es difícil que estos guerreros en tierras de gentiles pensaran que estaban protagonizando una revivificación de los tiempos de Cruzada; y no sería extraño que en la mente de algunos de ellos hubiera estado presente la posibilidad de crear un Reino Hispánico de las Indias a semejanza del Reino Latino de Jerusalén.

Por otra parte, la propia Corona recurrió a elementos medievales para premiar a estos héroes lejanos, otorgando "privilegios extraordinarios de carácter acentuadamente señorial"[24]. Es por todos estos motivos que, según afirma Ots Capdequí, "Fue así como la vieja Edad Media castellana, ya superada o en trance de superación en la Metrópoli, *se proyectó y se continuó* en estos territorios de las Indias"[25].

b. La encomienda

Una de las instituciones jurídicas que contribuyó a una revitalización del feudalismo en América (aunque con caracteres bastante diferentes), fue la encomienda.

La encomienda es una forma americana del Derecho señorial, cuyo espíritu sigue siendo medieval pero al cual el descubrimiento de América le da una nueva elaboración jurídica. El propio Solórzano Pereyra percibe el sabor medieval que tiene la encomienda cuando sugiere que, en un cierto sentido, pueden asimilarse al feudo[26].

En realidad, la palabra "encomienda" es prácticamente desconocida en los textos jurídicos medievales de España. Ni el Fuero Juzgo, ni las Siete Partidas la mencionan, aun cuando en la España medieval existe ciertamente un Derecho señorial que regula con otras instituciones las relaciones entre el señor y los vasallos. Bobadilla tampoco habla de encomiendas o encomenderos sino de "señores de vasallos", con un sentido distinto a la encomienda americana[27]. Solórzano y Pereira deriva el término "encomienda" del verbo latino **commendo**, que significa recibir algo en depósito o bajo el amparo y protección; y lo justifica por el hecho de que los indios eran entregados al encomendero por un tiempo limitado encomendándoles su protección y su instrucción[28].

Sin embargo, la palabra "encomienda" no puede dejar de evocar la **commendatio** feudal, como lo sugiere Solórzano Pereyra[29]. Pero las diferencias eran bastante notables. La **commendatio** medieval era el acto jurídico por el cual un hombre libre entraba en el patrocinio de otro hombre libre, se colocaba bajo su **mundium**, para el beneficio recíproco de ambos: **se commendare** era someterse a la autoridad de otro, encomendarse a otro, **qui se in alterius potestate commendat**[30]. La práctica de la encomienda (**commendise**, en francés) no era en forma alguna una expresión de la servidumbre: muchos hombres libres buscaban un defensor, sin que ello significara que aceptaran convertirse en siervos o esclavos[31]. Por el contrario, la encomienda y el vasallaje medieval eran el resultado de un contrato entre hombres libres y con honor.

Existía en la Edad Media italiana y germánica una forma de sometimiento a la protección de otro que no alcan-

zaba la dignidad del vasallo pero que tampoco colocaba a la persona en posición de siervo. A quienes estaban sujetos a este tipo de relación se les llamaba, como indica el propio Solórzano Pereyra, **commendati** o **recommendati** o **affidati**[32]. Sin embargo, estas personas definitivamente no estaban en una condición vil. Como precisa Ludovico Antonio Muratori, "no eran siervos ni manumisos sino gente libre que se ponía la servicio de otro"[33].

Al trasladarse estas instituciones medievales a América en condiciones muy distintas de las que las hicieron nacer en Europa, la encomienda americana resultante aparece pervertida y convertida en un instrumento de dominación. Solórzano Pereyra advierte que, a pesar de las similitudes con la encomienda feudal, la encomienda americana se diferencia en muchas cosas del feudo; por lo que no debe aplicarse las decisiones de los feudos a las encomiendas[34].

En el caso de la encomienda americana, en lugar de la relación voluntaria y de naturaleza contractual que tiene el vasallaje europeo, en el que se encuentran originalmente dos hombres libres aunque uno se coloque bajo la autoridad del otro, vemos que es el Rey, o quien hace sus veces, que obliga a grupos de personas a entrar bajo la autoridad de otra: ya no es el vasallo que se encomienda sino es el Rey u otra autoridad que lo encomienda. En esta forma, bajo el pretexto de que los indios eran personas que debían estar sujetas a tutela porque se equiparaban a los rústicos o menores del viejo Derecho castellano[35], la encomienda era una forma de reparto de indios entre los conquistadores. En realidad, a pesar de la naturaleza vasallática de la expresión "encomienda", los indios encomendados en América tenían una relación con el encomendero más cercana a la del siervo europeo (**villanus** o **rusticus**) que a la del vasallo. Es así como de acto individual se convierte en un procedimiento masivo, ya que se compromete al encomendero a todo un pueblo o etnia. Y de acto libre se transforma en un mandato de la autoridad.

En el fondo, la encomienda americana estaba muy lejos del vasallaje y se asemejaba más bien a una servidumbre forzada, a pesar de que los títulos de las encomiendas rehuyen la utilización del término "siervo" para los indios, debido a que la legislación feudal española no permitía fácilmente el restablecimiento de la antigua esclavitud.

En las Siete Partidas se establecía que la condición natural del hombre es ser libre: "Aman, e cobdician naturalmente todas las criaturas del mundo la libertad, quanto mas los omes, que han entendimiento sobre todas las otras"[36]. En consecuencia, la servidumbre o esclavitud es contra natura: "Seruidumbre es postura, e establescimiento, que fizieron antiguamente las gentes, por la qual los omes, que eran naturalmente libres, se fazen sieruos, e se meten a señorío de otro, contra razón de natura"[37]. Las Partidas consideran, entonces, la servidumbre como un mal que viene de antiguo y que no hay más remedio que tolerar; pero que de ninguna manera debe prosperar. De otro lado, señalan muy explícitamente las tres únicas situaciones por las que un hombre puede ser convertido en siervo: (1) cautivos de guerra, que son enemigos de la Fe; (2) aquellos nacidos de siervas, dentro de la ley del vientre; y (3) la persona que se deja vender[38].

La situación de los indios americanos sólo podría haber sido asimilada a la primera. Sin embargo, los tiempos no estaban para esclavizar a todos los habitantes de las tierras recién descubiertas[39]. Por eso, en vez de tratarlos de siervos, se respetó su condición de hombres libres pero se les sometió a una suerte de patronato que pretendía vestirse con el ropaje vasallático.

Encontramos también diferencias entre la *commendatio* medieval y la encomienda americana en el ritual que perfecciona la relación. Como antes he dicho, la institución medieval era un verdadero contrato entre hombres libres; y este contrato se fomalizaba materialmente con la **immixtio manuum**[40], por la que el señor y el vasallo se tomaban de las manos en el sentido de que el primero "daba la mano" (extendía su protección) al segundo, quien a su vez "se colocaba en las manos" de éste[41]. En el caso, de la encomienda americana, la formalidad requerida no es la que sella un contrato sino más bien la que explicita la toma de posesión por el encomendero de "sus" indios. De alguna manera, los indios son tratados como una cosa que se entrega a un titular, el cual debe tomar formalmente posesión de ella en forma física como prescribía el Derecho antiguo. Solórzano reconoce que esta "actual y corporal investidura es el único modo de adquirir los feudos y la señal necesaria de ellos"[42]. Pero este jurista también advierte las serias dificultades que se presentan para esta toma de posesión física de los bienes materia de la encomienda, dado el carácter masivo de éstos: ¿cómo puede tomarse posesión física de esa multitud de "encomendados" que formaban una tribu? El mismo jurista aclara que, dado que no se puede tomar posesión corporal de todos y cada uno de los indios individualmente, los corregidores como autoridad aceptan usualmente que la ceremonia se realice con un solo indio, principalmente con el cacique, quedando todos los demás indios representados por éste y ligados por la ceremonia que se celebra con el indio nombrado representante[43]. Así "como se verifica en un fundo o heredad, donde enseña el derecho que en cualquier parte o terrón de ella que se pise y posea es visto queda tomada y aprehendida la de todo el fundo", así también "basta pedir la posesión de todo este cuerpo universal [el conjunto de indios dados en encomienda] y tomarla en una de sus partes o cosas en nombre de los demás [el cacique o indio designado para representar al todo]"[44].

Los motivos que llevan a la encomienda son totalmente diferentes en la Europa medieval y en la América de la Conquista. En la sociedad feudal, lo que prima es la inseguridad y el temor derivado de las guerras constantes y ello lleva a buscar protección en la unión sea ésta vasallática, sea incluso servil. Por eso, aun cuando la condición del siervo era dura, el campesino optaba muchas veces por la servidumbre: usualmente, niega sus lazos cuando la vida es tranquila y, por el contrario, los proclama cuando un peligro hace prudente buscar un defensor; el siervo europeo oscila entre la opresión y la protección[45]. Pirenne nos dice que, en la Europa carolingia, a pesar de que la servidumbre era una institución derivada de la antigua esclavitud, esta condición era asumida como natural y los campesinos se sometían a ella espontáneamente[46]. En cambio, en América la llamada encomienda es impuesta por el conquistador con un pretexto civilizador y ante todo religioso. Por consiguiente, el deber del encomendero se refería menos a la

protección que a dar religión y civilización a los indios encomendados.

Desde el punto de vista teórico, la encomienda mantenía el equilibrio de beneficios recíprocos que estuvo en la base de las **commendationes** medievales; sólo que, en este caso, el beneficio del encomendado era presumido e impuesto por una autoridad "encomendadora" sin importar la voluntad de dicho encomendado. Así, el encomendero estaba obligado a la protección de los indios, a impartirles educación cristiana y a cobrar por cuenta del Rey el tributo indígena; a su vez, se beneficiaba con un porcentaje del tributo cobrado y con el servicio personal del encomendado. Por su parte, el encomendado se beneficiaba -siempre teóricamente- con la educación cristiana y con la seguridad y protección que recibía, mientras que estaba obligado a un tributo en dinero y en servicios personales (aun cuando ésta última forma fue prohibida posteriormente), para compensar los beneficios que recibía del encomendero.

Pero, además, el encomendero tenía obligaciones frente al Rey o a su representante por el hecho de haber recibido la merced de la encomienda: cada vez que se proclamaba la alarma, estaba obligado a presentarse con armas y caballo a la Plaza de Armas para ponerse bajo el Real Estandarte que portaba el Alférez Real del Ayuntamiento[47]. Esta última obligación nos recuerda el **auxilium** que debía prestar el vasallo europeo a su señor, mediante la ayuda militar a caballo[48]. Si a todo ello agregamos que el encomendero americano utilizó a "sus" indios fundamentalmente como una fuerza de trabajo disponible, la encomienda americana resulta una suerte de cruel caricatura andina del vasallaje germánico.

En realidad, el "moderno" señor feudal de las Indias tiene los "vasallos" que han sido obligados a encomendarse por la fuerza, pero a la vez asume aires de **condottiero** y practica una suerte de economía capitalista **in cunis suis involutus**[49]; todo lo cual es una exótica mezcla de medievalismo extemporáneo y de renacentismo fuera de contexto.

La primera encomienda que se constituye en América fue la otorgada en las Antillas en favor de Cristóbal Colón en 1497, con características absolutamente serviles e inicuas. Más tarde se crea la encomienda mexicana que cuando menos establece una cierta reglamentación; pero que no impidió que bajo su amparo se dieran muchos abusos.

La historia legislativa de las encomiendas es la historia de las dudas y vacilaciones de un Estado que pretende instalarse como poder central frente a fuerzas disgregantes de tipo feudal. La Corona comprende intuitivamente que las encomiendas constituyen una suerte de revivificación medieval, sumamente peligrosa en un medio que se encontraba distante geográficamente del poder central y que podía fácilmente orientarse hacia una sociedad particularizada y muy independiente a través de la desarticulación de las funciones del Estado y su adscripción a poderosos señores locales. Por ese motivo -además de un sincero deseo de protección al indio- intenta contrarrestar estas fuerzas centrífugas, recortando los derechos de los encomenderos a fin de que no se conviertan en una caricatura del señor feudal, con autonomía de gobierno y jurisdicción.

Dentro de ese orden de ideas, las primeras encomiendas se constituyeron con carácter temporal, ya sea por un cierto lapso, ya sea por la vida del titular[50]. Sin embargo, la tendencia feudalizante logró inicialmente que, por vía de disimulación, la viuda y los hijos continuaran con la encomienda; y la Real Provisión de 25 de Marzo de 1536 convirtió esta corruptela en derecho, permitiendo que las encomiendas se otorgaran por dos vidas[51], lo que implicaba autorizar la segunda vida.

Uno de los primeros ensayos para humanizar la encomienda fue eliminar el trabajo obligatorio en favor del encomendero para evitar los abusos. Pero, como era indispensable para el sistema que el indio fuera compelido a trabajar de alguna manera para el español, se obligó al indio al pago, como cualquier vasallo, de un tributo anual en dinero; de esta manera, se pensaba que, por la necesidad de obtener el dinero para pagar el tributo, el indio tendría que trabajar "voluntariamente" a sueldo de un español[52]. Sin embargo, más tarde se regresó al sistema de tributo en trabajo, especies o dinero y, en la práctica, nunca se logró eliminar totalmente el trabajo forzado del encomendado.

La institución de la encomienda desató una intensa polémica en la época, en la que intervenían aspectos teológicos, humanitarios y consideraciones prácticas de buen gobierno. Francisco Pizarro constituyó encomiendas de indios bajo el nombre de "depósitos" aun antes de recibir la autorización, siguiendo la línea de Cortés. Pero pronto, al interés de la Corona de afirmar el poder central y a su deseo de proteger a los indios, se sumó la desconfianza respecto del monto de los tributos que los encomenderos debían entregar al Tesoro en función del número de indios a su cargo; particularmente en el caso de esos "depósitos de indios" hechos informalmente por Pizarro.

La Corona sospechaba que los beneficiarios, amparados por el propio Pizarro, declaraban menos indios de los que realmente tenían a su cargo y a los que efectivamente cobraban tributo; con lo que la diferencia entre lo recibido de los indios y lo entregado a la Corona se convertía en una apropiación ilícita. Por ello, la Corona ordenó que los "depósitos" hechos por el Marqués Gobernador fueran tasados. Cumpliendo esa orden, Pizarro dispuso que se practicaran "visitas" de tasadores[53] sabiendo que de esta manera quedaban legalizados sus "depósitos", convirtiéndose éstos en lo que conocemos como "encomiendas peruleras".

El Emperador y el Consejo de Indias no quedaron totalmente satisfechos y enviaron como Juez Pesquisador al licenciado Cristóbal Vaca de Castro a fin de que verificara tanto las tasaciones como el tratamiento a los indios. Fallecido Pizarro y convertido Vaca de Castro en Gobernador, no encontró éste irregularidad alguna en la actuación de la administración pizarrista. Los encomenderos aprovecharon estas circunstancias para acentuar las tendencias feudalizantes: recibieron el título de Señores de Indios, pero ellos prefirieron ser llamados con el nombre tradicional de la nobleza feudal española como Señores de Vasallos. Se llegó a establecer como "vecinos" plenos, con capacidad de ser elegidos Alcaldes, solamente a los llamados "vecinos feudatarios"[54] que eran quienes poseían encomiendas; los demás eran considerados gente baja, que no podía ser elegida como autoridad por el Cabildo. Así, en la junta del Cabildo de Lima que tuvo lugar el 1° de Marzo de 1549 los capitulares: "...acordaron e mandaron que de aquí adelante no se

puedan botar [entiéndase "votar"] ni elegir alcaldes ordinarios desta ciudad a otras personas algunas sino fuere a los vecinos de esta ciudad tienen e tuuieren yndios de Repartimiento..."[55]; y Guillermo Lohmann Villena comenta que "Quien disfrutase de un feudo fuera del perímetro jurisdiccional quedaba automáticamente descartado"[56]. Es interesante notar esta asimilación terminológica de la encomienda al feudo, a pesar de que no existía feudo alguno propiamente dicho.

Matienzo se opone a que se haga esta distinción entre los vecinos sobre la base de la posesión o no de encomiendas con el argumento de que esta distinción quizá era válida en los primeros momentos de la Conquista, pero después "ha venido gente noble a estas tierras", con riqueza y nobleza, pero que no tienen indios porque llegaron tarde y ya habían sido repartidos. No es justo, concluye, que a estos nobles y ricos llegados después se les trate como "hombres baxos" al no dárseles el rango de vecinos sólo porque no tenían una encomienda[57].

Indudablemente, esta situación complicada, en la que prevalecía el maltrato que se daba a los indios, alarmaron a la Corona española. Carlos V ordenó que se reuniese una Junta constituida por altos funcionarios del Gobierno y por personas conocedoras de lo que sucedía en Indias, para discutir el problema de las encomiendas. El resultado de esta Junta de Valladolid fue un proyecto de Nuevas Leyes, inspirado por la posición humanitaria de Fray Bartolomé de las Casas, que fue promulgado por el Emperador el 20 de Noviembre de 1542 en Barcelona. Lo más grave de ellas no era las disposiciones orientadas a desarraigar los abusos que se cometían con los indios sino las medidas destinadas a evitar que la encomienda se convirtiera en un neo-feudalismo: se prohibió que ciertos funcionarios tuvieran encomiendas, se suprimió la facultad de encomendar indios, se redujo la encomienda a una vida y se establecieron causales de pérdida de la encomienda que ponían en peligro los derechos de los antiguos encomenderos. Paralelamente, muertos ya Almagro y Pizarro, la Corona decide nombrar una autoridad en el Perú directamente dependiente del Gobierno Central con el título de Virrey. Este era un paso muy importante para frenar las tendencias autonomistas y feudales y para constituir un Estado moderno central.

Sin embargo, los cambios fueron muy mal recibidos en el Perú. El primer Virrey nombrado por la Corona fue don Blasco Núñez de Vela, tenía el encargo de viajar a Lima e imponer las Nuevas Leyes. Núñez de Vela, quien parece haber sido hombre áspero y severo[58], "más brioso que paciente" al decir de Juan de Castellanos, desde su desembarco en Panamá comenzó a poner en práctica las leyes nuevas liberando a 300 indios del Perú; y luego hizo lo mismo en Trujillo. Estas noticias exasperaron a los encomenderos peruanos, quienes llamaron a Gonzalo Pizarro, para que representase a los descontentos como heredero del Marqués Gobernador. El propio Virrey, quien inicialmente había querido llevar las cosas "por lo valiente" (siempre al decir del canónigo Juan de Castellanos)[59], una vez en Lima comprendió que mejor era suspender por un tiempo la aplicación de las leyes referidas a las encomiendas, sin perjuicio de hacer cumplir las otras orientadas a un mejor trato al indio; pero ya era tarde porque los ánimos estaban muy exaltados[60].

Gonzalo Pizarro regresó de Charcas al Cuzco y, luego de alguna escaramuzas diplomáticas con el Virrey, estalló la rebelión que estaba orientada fundamentalmente a rechazar tanto la modificación de las encomiendas como la presencia del Virrey; ambas reivindicaciones feudalizantes. No interesa para la Historia del Derecho el recuento minucioso de esta singular guerra, plena de heroísmo y de traiciones. El Pacificador Pedro de la Gasca, clérigo de misa, enviado desde España después de la muerte del Virrey en la batalla de Iñaquito, derrotó a los rebeldes y cobró la cabeza de Gonzalo Pizarro y la horca de su Maestre de Campo Don Francisco de Carbajal, aquel legendario Demonio de los Andes que a los 84 años logró encender a lomo de su caballo las serranías peruanas con una causa anacrónica. Poco después se envió al Perú a don Antonio de Mendoza como nuevo Virrey, con lo que, no sin dificultades y en medio de gran cautela, se impusieron las tendencias modernas -si de alguna manera tenemos que llamarlas- que planteaban un Gobierno Central a cargo del Virrey. Mucho se ha discutido sobre lo que habría sucedido si la rebelión de Gonzalo Pizarro hubiera triunfado: para unos, éste era el comienzo de un Perú independiente; para otros, era impensable un separatismo tan temprano. Pero éstas no son sino ucronías; lo real es que triunfa la dinámica del tiempo frente a aquella otra que intenta revivir extemporáneamente épocas pasadas.

Pero la revivificación medieval no desapareció con Gonzalo Pizarro. La encomienda subsiste, aun cuando seriamente recortada (cuando menos **ex iure**), hasta el 29 de Noviembre de 1718 en que se decretó su abolición general. Sin embargo, tanto la encomienda como otras reminiscencias feudales, no serán durante el Virreinato sino fantasmas de un castillo político y económico cuyos habitantes y cuyo decorado se hacen cada día más modernos aunque sin desechar totalmente el espíritu de sus antepasados.

c. La organización del Estado en Indias.

Pero, además de la encomienda, hay otras manifestaciones detrás de las cuales podemos adivinar ese conflicto entre la modernidad y la nostalgia por un pasado feudal.

La organización del Estado en Indias resulta particularmente compleja debido a esa dialéctica. Recordemos que, como lo han defendido acertadamente el historiador argentino Ricardo Levene[61], más tarde el historiador chileno Bernardino Bravo Lira[62] y también el historiador peruano Fernán Altuve-Febres Lores[63], con argumentos muy convincentes, América nunca fue una colonia: estaba formada por reinos diferentes sometidos a una misma Corona.

Ahora bien, en el primer momento, el Rey parece adoptar para América un modelo político más cercano al espíritu medieval. No crea todavía virreynatos sino que, a través de las llamadas Capitulaciones, que son contratos celebrados entre la Corona y los conquistadores, organiza las nuevas tierras entregándolas a los jefes de la aventura con reparticiones que de alguna manera recuerdan el sistema germánico de marcas para las tierras remotas. En el caso del Perú, Francisco Pizarro recibe los títulos de Gobernador, Adelantado y Alguacil General, lo que le da todos los poderes; años más tarde recibirá también un título nobiliario que, dentro de esta noción de tierras extremas de frontera,

no podía ser otro que el de Marqués, como de igual manera antes le había sido otorgado el mismo título a Hernán Cortés en México. Pizarro recibió el derecho de tener 16 mil vasallos[64].

Más tarde, la Corona comprende que es indispensable seguir más de cerca lo que sucede en las Indias y que, consecuentemente, éstas deben ser gobernadas dentro del espíritu político y administrativo similar al que estaba surgiendo en España. Es por ello que se crean los virreynatos, se establecen las audiencias y, en general, se procede a construir reinos organizados centralmente, a diferencia de la mera articulación de poderes locales de señores relativamente autónomos, propia de la Edad Media. Es por ello también que tempranamente, el Emperador Carlos V establece que, a falta de leyes municipales, se aplicarán las de Castilla[65].

Sin embargo, si bien la forma de Estado central, relativamente moderno, marca la evolución política de las Indias (sobretodo, en el Perú, después de debelada la revolución de Gonzalo Pizarro), se advierte en los virreynatos indianos un constante diálogo entre las dos tendencias del proceso: una moderna, centralizadora y basada en una administración pública jerarquizada y reglamentada formada por gente nueva; y, de otro lado, una tradicional, que ensaya revivir -muchas veces con propósitos distorsionados y abusivos- ciertas formas sociales y ciertos usos de la Edad Media.

Así, la administración real será muy compleja y legalista, intentando controlar los episodios más importantes de la vida social; y, a su vez, el poder militar quedará centralizado sustituyendo la hueste conquistadora por un ejército del Rey. El Estado se coloca claramente sobre los encomenderos y demás grupos sociales; una burocracia culta le permitirá ejercer un control jurídico de las actividades particulares y una coordinación interna de esta administración estatal la convertirá en un polo de atracción alrededor del cual tendrán que girar los intereses políticos y económicos.

Notemos que esta burocracia que organiza el Estado central hace imposible todo regreso a una nueva utopía neo-feudal tanto porque privilegia la administración central frente a los poderes locales como también porque es reclutada entre gente modesta e incluso campesinos: los letrados, que dirigen el aparato burocrático, son personas de condición media que han adquirido un extraordinario poder hasta el punto de asumir la administración incluso de la actividad militar, que es todavía el campo de acción de la antigua aristocracia; y pronto una legión de jóvenes, incluyendo hijos de zapateros remendones y de braceros agrícolas, se vuelca a las Universidades para intentar este nuevo canal de ascenso social que ofrece el proceso modernizador[66]. Es notable, por ejemplo, que el célebre jurista Palacios Rubios, redactor del Requerimiento de la Conquista, no era siquiera hidalgo y tenía mas bien un origen modestísimo[67]; encontraremos incluso funcionarios de origen judío, algunos de los cuales llegaron a ser muy importantes en la administración virreynal, como es el caso de Antonio de León Pinelo, compilador de las leyes de Indias, su hermano Diego de León Pinelo, Fiscal del Crimen de la Real Audiencia de Lima[68], Rector de la Universidad de San Marcos de Lima en 1656[69] y Protector General de Indios[70], así como el hijo de éste último, Diego de León Pinelo Gutiérrez, también Rector de la Universidad de San Marcos[71].

Y, si bien es verdad que los nuevos funcionarios no aportan en forma plena una mentalidad diferente, más propiamente burguesa, sino que pretenden instalarse dentro de las jerarquías aristocráticas tradicionales[72], no puede negarse que estamos de todas maneras ante un cambio muy importante en la concepción del Estado y en la distribución social del poder.

Sin embargo, un fenómeno interesante de diferente tono está dado por el uso de elementos tradicionales para fortalecer el nuevo Estado central. Este es el caso de la Iglesia y la religión. Según Wallerstein, la Iglesia como transnacional ideológica no podía aceptar el nacimiento de una competencia transnacional en el plano económico -a través del sistema mundial que caracteriza al capitalismo, respaldado por la Reforma protestante- y decide apoyar ciertas monarquías nacionales más ligadas a la Contrarreforma como la española[73]. Pero esta misma estrategia conservadora de la Iglesia resulta ambigua, porque ese juego estratégico anti-moderno está teñido de modernidad: el mundo del S. XVII, con sus Estados nacionales, católicos o no, no podrá ser más el mundo de la Cristiandad medieval.

Dentro de esta línea, el absolutismo español exacerbó la teoría del origen divino de la autoridad de los Reyes y obtuvo el patrocinio de la Iglesia en sus empresas de conquista. La administración central española derivó de esa tesis una concepción de los Reyes como padres de sus súbditos, calidad que se extiende de manera delegada a toda autoridad. En esta forma, el incremento "moderno" del Poder central se encuentra legitimado por un paternalismo "tradicional" que fluye de todos los textos políticos y jurídicos.

Bobadilla, en su *Política para Corregidores y Señores de Vasallos*, representa muy bien esta noción de la autoridad sometida a la burocracia estatal pero, al mismo tiempo, cargada de valores tradicionales. Cuando prescribe cómo deben ser estas autoridades para su tiempo, señala que para gobernadores se debe preferir a la que llama "nobleza política" (que es el noble en virtud y en sus buenas costumbres) por sobre la nobleza legal o civil (que es la nobleza oficial o de sangre)[74]. Describe a la autoridad como la persona prudente, dotada de todas las virtudes: los gobernadores y jueces deben ser "poderosos, para que la justicia sea siempre acatada y temida, y para oprimir el poder de los soberbios y poderosos con mano militar". El gobernador o juez debe tener ciencia jurídica, porque gobernar es someter las conductas a reglas con el objeto de hacer prevalecer la justicia: "Y es mayor defecto la ignorancia en el juez para hazer justicia, que la cobardía en el soldado para la guerra"[75]. Como se puede apreciar, Bobadilla está describiendo al administrativo moderno, que ya no proviene de la nobleza guerrera tradicional sino de una clase profesional, por llamarla de alguna manera, que se caracteriza por su conocimiento del Derecho y su capacidad política de enfrentarse a los antiguos señores poderosos.

Pero a continuación agrega elementos provenientes de la cantera política tradicional. Esa autoridad no debe ser sólo docta sino también temerosa de Dios[76], templada y sobria en el comer y beber, modesta para que no se diga "que antes del Oficio era hombre pobre, y de humilde suelo, y

que con la prospera fortuna mudó las costumbres"[77], porque "de las virtudes, o vicios del Gouernador, resulta el malo, o buen exemplo para los súbditos"[78]. No debe ser "hombre novelero, capitoso o acelerado"[79]; de ahí que "los hombres mozos son peligrosos para los oficios": "La razón es porque la vehemencia de las pasiones hace a los mancebos inhábiles para gobernar a otros, porque son semejantes a la sed de calentura y fácilmente se dexan venzer del amor o de la ira o de la ambición..."[80]. Pero tampoco conviene que el Corregidor sea muy viejo[81], porque "así como el cuerpo tiene su vejez, también la tiene el entendimiento" y esto no recorta la inteligencia pero disminuye la vivacidad y aumenta la pereza, el olvido, la iracundia y la pusilanimidad[82], lo que no impide escribir libros y dar consejos pero inhabilita para ejercer cargos de gobierno[83].

En resumen, el buen gobernante desempeña una suerte de sacerdocio: "el intento principal del buen Corregidor, en el cual se incluyen todos los buenos efetos de su Oficio, es el zelo del servicio de Dios", "más que restaurar los muros de la ciudad, empedrar las calles, proveer de mantenimientos, y a los más castigar bien los delitos, y dar a cada uno lo que es suyo cuando trae pleyto, que aunque esto es necesario y justo, no es bastante ni lo principal"[84].

Esta visión paternalista de la autoridad, que mezcla aspectos tradicionales con los requisitos de la autoridad moderna, la encontramos también en Matienzo, quien opina que el Virrey debe ser señor de título –conde, duque o marqués- para que sea "más temido y reverenciado" a fin de evitar que los indios pretendan alzarse o causar alborotos[85]. Sin embargo, a estos "grandes señores" hay que preferir los letrados, que son más austeros, cobran la mitad que un gran señor y no osan excederse en sus atribuciones (cuando menos, si son malos, lo encubren y fingen ser buenos)[86]. En resumen, las cualidades de un gobernante del Perú deber, a juicio de Matienzo: "que sea hombre virtuoso, cristiano probado y conocido por tal en su niñez, mocedad y edad madura, y en toda su vida; como dice Platón, que tenga buena fama, porque no le basta ser bueno si no tuviere buena opinión; que sea republicano y aficionado a cosas de república, y dado a ello, y tenga ispiriencia [*sic*] de las cosas de la tierra que hubiere de gobernar..."[87]. Podemos imaginar cualidades similares en el Corregidor dentro de los límites de su autoridad local.

Pero ni aún esta noción ecléctica de la autoridad fue fácilmente aceptada en las tierras de Indias. He dicho anteriormente que la revolución de Gonzalo Pizarro constituye un rechazo a la existencia de un Virrey, represente directo del la Corona, esto es, del Estado central; para estos primeros conquistadores había que dejar el gobierno de estas tierras en manos de quienes las ganaron para el Rey.

Y a su vez el Corregidor provocaba las resistencias de los intereses políticos, económicos y hasta religiosos locales, debido a que de una manera u otra este funcionario era también un representante del Poder Central; ejercía su representación sólo dentro del reducido ámbito local, pero era una autoridad nombrada por el Rey. Y una serie de fuerzas políticas conservadoras intentan mantener, pese a todo, sus esferas de autonomía frente a esta invasión del Estado sobre las organizaciones locales.

Así, la Iglesia deja sentir su disgusto por esta intromisión del poder estatal, debido a que, aprovechándose de la falta de autoridades civiles, los doctrineros habían pretendido asignar el gobierno de esas tierras al Sumo Pontífice, actuando ellos como representantes de la Iglesia en el lugar. De esta forma, el doctrinero se había convertido en una suerte de señor local que, haciendo uso de su poder, empleaba gratuitamente la mano de obra nativa para sus negocios privados. Pero, salvo algunos casos de denuncias realizadas por la misma Iglesia, en general la jerarquía eclesiástica y las órdenes religiosas atacaron duramente a los corregidores. La campaña emprendida por la clerecía tanto secular como regular, dice Lohmann Villena fue violentísima[88].

Otro sector que se opone a la instauración de una autoridad de la Corona en el área local es el de los curacas. Estos se habían a su vez feudalizado asumiendo un poder total que nunca habían tenido, ni aún en tiempos del Imperio Incaico, sobre los indios de su circunscripción. Por eso, ante la llegada de los Corregidores de Indios protestan arguyendo que se les privaba –literalmente- de su jurisdicción y señorío. En realidad, después de la caída del Imperio Incaico, estos curacas se habían erigido de hecho en las supremas autoridades locales, ejerciendo una gran opresión sobre los indios. A pesar de ello, el Arzobispado auspició las protestas de los curacas contra la autoridad de los corregidores nombrados por la Corona, teóricamente para proteger a los indios contra los abusos de estos poderes locales[89].

Como podía suponerse, también los encomenderos se oponen a la autoridad de los Corregidores de indios, ya que estos nuevos funcionarios interponían la autoridad de la Corona entre el encomendero y sus indios. Y esta intervención trajo como consecuencia que inmediatamente los encomenderos abonaran las sumas que debían a los indios de su feudo por razón de trabajo utilizado y no pagado[90].

Por último, los propios corregidores pervirtieron su función y, en vez de representar a la autoridad del Gobierno Central para poner coto a los abusos locales, se convirtieron muchos de ellos en señores de indios, no **ex iure** sino **ex facto,** explotando a los naturales tanto aprovechándolos como siervos pero también a través de actividades comerciales ilícitas, clandestinas y expoliadoras, por lo que –se decía- mejor podrían ser llamados cogedores que corregidores[91].

d. La relación español-indio

Producido el descubrimiento de América, hay un primer momento en el que amenaza una simple esclavización general de los naturales de estas tierras: algunos, con desprecio, los llegaron a llamar "animales" o "bestias"[92]. Sin embargo, muy pronto la Corona Española condenará esta tendencia y, por Real Cédula de 20 de Junio de 1500, declara que los indios son vasallos libres de Castilla. A pesar de que subsisten intentos de este tipo fundados en la tesis de la captura de cautivos en justa guerra, quedará finalmente establecido -gracias a la tesonera intervención de Fray Bartolomé de las Casas y otros teólogos y juristas españoles[93]- que "ninguna persona, en guerra, ni fuera de ella pueda tomar, aprehender, ni ocupar, vender ni cambiar por es-

clavo a ningún Indio, ni tenerle por tal, con título de que le hubo en guerra justa, ni por compra, rescate, trueque, o cambio, ni otro alguno, ni por otra qualquier causa"[94].

Ahora bien, los juristas y teólogos españoles pronto advirtieron que se encontraban ante una cultura diferente que no podía ser absorbida por la española, sin desmedro de ella. Y si bien era verdad que esa cultura autóctona tenía elementos despreciables como el paganismo y ciertas costumbres inmorales que había que erradicar, también era verdad que se trataba de una organización social muy antigua y propia de los habitantes de estas tierras que no se podía desechar totalmente. Por otra parte, aun si se quisiera una integración brutal e inmediata de los indios dentro de la cultura española, ello sería imposible porque los indios no tenían la mentalidad ni la formación para moverse eficientemente dentro de la cultura y la política occidental; lo que llevaría a que fueran víctimas de muchos abusos.

Todo esto desarrolló una idea absolutamente divergente de la noción de Estado moderno, que el Derecho adoptó a partir de mediados del S. XVI, de que existían dos repúblicas (**res publica**) paralelas: la república de indios y la república de españoles, cada una con sus propias autoridades y, hasta cierto punto, con sus propias normas, pero sometidas ambas a la Corona de Castilla. Como es evidente, esta división contrariaba la idea del Estado-Nación que va formándose en la Europa moderna entre los S. XVII y XVIII.

Ahora bien, estas repúblicas a su vez conservan elementos de estratificación social aristocrática. Lo interesante es que, si bien respecto de la república de españoles existía una aristocracia tradicional y una forma tradicional de crear nuevos aristócratas, la república de indios no tenía una jerarquización desde el punto de vista español. Es por ello que se hace necesario introducir una idea de nobleza a la usanza castellana dentro de la república de indios, transformando en nobles a las antiguas familias cercanas al gobierno incaico. Es así como el indio común fue equiparado, cuando menos en teoría, al labrador o rústico de Castilla. Pero, al mismo tiempo, se reconoció una "nobleza" india equivalente de los Títulos de Castilla. Esta nobleza de origen incaico recibió de la Corona española escudos de armas a la usanza de la nobleza europea. Muchas veces tales escudos contenían motivos andinos: pero el concepto de escudo de armas no existió en el mundo prehispánico y es claramente una herencia de la Edad Media europea. Y los indios nobles guardaban sus genealogías rigurosamente.

La concesión de esta nobleza daba lugar a ciertos privilegios, como la exención del pago del tributo[95] y también la posibilidad de que los hijos pudieran entrar en los Colegios de Nobles, destinados fundamentalmente a los hijos de españoles nobles. Tampoco se hallaban sujetos al régimen de trabajo ni a las reglamentaciones suntuarias que limitaban el uso por los indios de joyas u otros elementos de **status** social.

Esta nobleza india logró adquirir riqueza y posición social comparable a la nobleza española. Incluso, uno de los nobles indios solicitó que se creara para los nobles indios descendientes de los reyes incaicos y aztecas una organización similar a las órdenes militares españolas: la Corona rechazó el pedido no porque les negara su condición de nobles sino porque políticamente no era aconsejable enfatizar la memoria de los vencidos[96].

e. El imaginario moderno y el imaginario medieval.

Incluso se advierte una cierta coexistencia entre lo renacentista y lo medieval en el imaginario de los conquistadores. De un lado encontramos que América de alguna manera les suscita inquietudes renacentistas que los llevan a aplicar o a tratar de confirmar la mitología griega en tierras de Indias. Es así como Colón en su primer viaje cree ver sirenas al atardecer en camino al río del Oro. Pero quedó muy defraudado con sus rostros y pensó que eran tan feas que debía tratarse de sirenas masculinas[97]. Posteriormente se comprobó que eran manatíes. Pero medio siglo después del descubrimiento de América, Pero Mexía cuenta que fue cogida una sirena por una red, junto con otros peces y que la pobrecilla estaba tan acongojada y lloraba tanto que los pescadores decidieron regresarla al mar[98]. Y todavía en el S. XVII, el sacerdote jesuita Juan Eusebio Nuremberg, en su estudio titulado "Curiosa Filosofía y Cuestiones naturales"[99], se pregunta sobre si existen verdaderamente los tritones y las sirenas. Y cita una serie de apariciones de tritones (mitad hombres, mitad peces), indicando entre ellas las que se han producido en Indias de las que dan cuenta Pedro Mártir y Francisco Hernando en sus "Manuscriptos" y que alguno se trajo a España conservado en miel. En cambio, critica la confusión existente entre sirenas y nereidas asegurando, contra lo que cree el vulgo debido a una distorsión creada por los pintores, que las primeras son mitad mujeres mitad aves mientras que las nereidas son aquellas mitad mujeres mitad peces; y de ésta últimas se reportan varios casos, igual que respecto de los tritones, habiendo una sobrevivido varios años en tierra aprendiendo a hilar. También indica que las canciones que se les atribuyen son más propias de los pájaros que de los peces, aun cuando Gil González también halló a cien leguas de Panamá unos peces del tamaño de delfines que cantaban con tan grande armonía y con tal suavidad que causaban sueño. Por otra parte, encontramos también resonancias de la mitología griega en la identificación de ciertas culturas nativas, como es el caso de las Amazonas que fueron ubicadas en la selva tropical del Perú y del Brasil.

Pero, al lado del imaginario renacentista, también el imaginario medieval se encuentra igualmente presente en la mente de los conquistadores. No es coincidencia que la denominación Miraflores abunde en América hispánica. Como se recordará, Miraflores es un término tomado del clásico libro de caballería Amadís de Gaula donde identifica un Castillo placentero rodeado de jardines de cerezos; es ahí que se produce el reencuentro amoroso de Amadís con Oriana, uniéndose en matrimonio y pasando ocho días de felicidad en ese lugar, después de lo cual queda Oriana embarazada[100]. Y no deja de ser significativo que cerca de tal Castillo se encuentre una ermita conocida como la encrucijada de las aventuras. Miraflores parece haber representado para los conquistadores de América un lugar de una bella y amena naturaleza, propicio para el amor y la descendencia, pero también al borde de la permanente aventura y por eso reparten el nombre por varios de los nuevos lugares.

Y en los poemas que preceden la Primera Parte del Quijote, hay uno que dirige Oriana a Dulcinea[101], donde le dice:

Oh, quién tuviera, hermosa Dulcinea, por más comodidad y más reposo, a Miraflores puesto en el Toboso,
Y trocara sus Londres con tu Aldea[102].

Más tarde, el Descubrimiento y Conquista de América va a dar origen en Europa a un nuevo imaginario entre los intelectuales "modernos" europeos basado en la posibilidad de encontrar mundos organizados desde su origen sobre la base de la libertad natural, la solidaridad y la igualdad, ideas que los enciclopedistas franceses verterán políticamente a través de la Revolución Francesa.

Las noticias que llegan de América van a llenar la imaginación -plena de inquietud- de los "nuevos hombres" que produce la modernidad.

Montaigne se refiere a la "aterrorizadora magnificencia de las ciudades de Cusco y México y, entre otras cosas de ese orden, el jardín de ese rey donde todos los árboles, las frutas y todas las hierbas, dispuestas en el orden y el tamaño natural que tienen en un jardín, estaban excelentemente formadas de oro, y en igual forma en las habitaciones [de su palacio tenía] todos los animales que nacen en sus estados y en sus mares, y la belleza de sus obras en piedras preciosas, en plumas, en algodón, en pintura, muestran que no se quedaban detrás de nosotros en industria"[103]. Montaigne se admira también de las obras públicas que se encuentran en el Nuevo Mundo: "En cuando a la pompa y magnificencia, que es el tema que me ha llevado a tratar estos asuntos, ni Grecia, ni Roma, ni Egipto, puede comparar ninguna de sus obras, sea en utilidad o en dificultad o en nobleza, al camino que se ve en el Perú, construido por los reyes de ese país, desde la ciudad de Quito hasta la de Cusco (hay trescientas leguas de por medio), derecho, unido, de veinticinco pasos de ancho, pavimentado, acompañado por de un lado y otro por altas y bellas murallas..."[104].

Voltaire, en Cándido, describe el País del Dorado como un lugar donde los antiguos Incas se han refugiado contra la civilización: ahí los niños juegan con bolas de oro y piedras preciosas y los viejos llegan hasta los 160 años[105]. Rousseau proclama la superioridad del hombre primitivo, no corrompido por la civilización, que conserva su espíritu libre[106].

En realidad, la búsqueda del buen salvaje, aun cuando se presenta como un enfrentamiento contra la civilización de la época, es en el fondo parte de la expresión de ese ideal liberal moderno que quiere encontrar la libertad original del ser humano a partir de la cual construir una sociedad nueva.

III. Conclusiones

Como se planteó inicialmente, no es fácil caracterizar esa sociedad que surge en Indias como resultado de la Conquista española.

El triunfo de la autoridad de la Corona sobre las fuerzas disgregantes y localistas de los primeros conquistadores implica que, de alguna manera, el gobierno de estas nuevas tierras peruanas se alinee con las tendencias que dan origen al Estado moderno.

Sin embargo, España parece asumir la modernidad, **malgré elle**. Muchas veces se trata de una modernidad ignorada por sus propios actores. Los escolásticos españoles pretendían simplemente una restauración de las ideas de Santo Tomás; y, sin embargo, bajo ropajes tomistas, deslizaban ideas más modernas, adaptadas a la moda de su tiempo, como el racionalismo y el nominalismo [107]. El conquistador poseía un espíritu renacentista sin tener muchas veces consciencia de ello. Y, al mismo tiempo, España aporta a América valores, formas y estilos de épocas anteriores que estaban sometidos a procesos de profunda transformación en otras partes de Europa. La diferente realidad política y social en que se desarrolla la organización de la sociedad indiana lleva a que estas supervivencias medievales no solamente resulten anacrónicas sino incluso perversas pues su espíritu original se falsea completamente dentro de un mundo profundamente desigual; al punto de que los que fueron vasallos en la Edad Media europea tendrían que ser llamados siervos en las modalidades feudales de Indias.

Como antes se ha dicho, el proceso de desarrollo de un Estado unitario, organizado administrativamente, va a tener un impulso especial –posiblemente rudo, toscamente aplicado, pero orientado a la modernidad- con los Borbones. Pero, las fracturas y fragmentaciones de esta sociedad son de tal naturaleza que difícilmente puede consolidarse una verdadera modernidad. Las fuerzas que promueven la Independencia quieren importar más decididamente las ideas y el sistema moderno liberal. Pero este esfuerzo produce en algunos casos un descalabro social y una mayor división entre los descendientes de españoles y los indios. La nobleza india fue diezmada con motivo de la revolución de Tupac Amaru de 1780 y, con el ingreso a la República, al igual que la nobleza española, queda abolida en 1825. Los antiguos nobles indios regresan a la condición de simplemente indio campesino o se integran dentro de la sociedad criolla como mestizos comerciantes. De esta forma, la identidad india desaparece: la masa india ya no tiene a nadie que pueda representarla con un nivel equiparable a las clases dirigentes, y así queda sometida a la cultura y al poder criollo. Incluso dejan de ser llamados indios para convertirse simplemente en campesinos que hablan quechua, con la idea liberal de preservar la igualdad entre los hombres y establecer un Estado que represente a una sola nación[108].

Sin embargo, esta integración meramente formal no es exitosa. Y a lo largo de todo el S. XIX, la tensión entre indios y descendientes de europeos se mantendrá viva. Políticamente, dentro del sector occidentalizado e la población, el Perú se debatirá entre la modernidad y un conservatismo temeroso que frena toda apertura. El titubeante desarrollo peruano del S. XIX constituye lo que podría denominarse una "modernización tradicionalista"[109], que posiblemente tiene su origen remoto en el tipo de actitudes y estrategias eclécticas o contradictorias que se derivan de esa dialéctica entre modernización y tradición, que es un elemento fundante de los nuevos reinos españoles de ultramar.

Notas

1 Jacob BURCKHARDT, *The Civilization of the Renaissance in Italy*. New York, Harper & Roe, 1958, vol. I. pág. 162.

2 J. M. OTS CAPDEQUI, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica., 1986, p. 15. El énfasis es del autor citado.

3 Enrique GACTO FERNANDEZ, Juan Antonio ALEJANDRE GARCIA y José María GARCIA MARIN, *El Derecho histórico de los Pueblos de España*, Madrid, Universidad de Madrid, 1982, pág. 424.

4 Immanuel WALLERSTEIN, *The Modern World-System. Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, New York, Academic Press, 1974, págs. 28-29.

5 Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ta. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1983, p. 177.

6 ***Ibid***, p. 171.

7 ***Ibid***, p. 178.

8 José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, t. I, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1972, p. 33 y ss.

9 ***Ibid***. p. 40.

10 ***Ibid***. p. 96.

11 José Antonio MARAVALL, *Carlos V y el pensamiento político del Renacimiento*. Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 14.

12 José Antonio MARAVALL, ***Op. cit.***, p. 15.

13 José Antonio MARAVALL, ***Op. cit.***, p. 31.

14 Esta alianza de la nobleza feudal con el Poder absolutista no es una exclusividad de España. En general, aún cuando hay discrepancias sobre la influencia que la aristocracia feudal pudo tener en dicha alianza y sobre el peso político de dicha aristocracia y del Rey, existe un cierto consenso entre los historiadores en el sentido de que el Estado absoluto constituyó el último refugio de la aristocracia feudal frente a la crisis del feudalismo. Así lo sostienen Wallerstein, Takahashi, Hill, Kiernan, Molnar y Porchnev; y, con un acento diferente sobre la correlación de fuerzas en el interior de tal alianza, Schumpeter, Braudel e incluso Mousnier. **Vid.** Inmmanuel WALLERSTEIN: **Op. cit.**, págs. 157-158. Sin embargo, es interesante notar, de un lado, que esta alianza que refuerza el Estado central es una reacción no feudal para "salvar" el feudalismo, de la cual evidentemente el feudalismo no podía salir indemne. De otro lado, cabe destacar también que esta estrategia típica de la modernización tradicionalista sirve, sobre todo en los países más "modernizadores", para crear la infraestructura política de ese Estado liberal cuyo desarrollo se pretende controlar.

15 José Antonio MARAVALL, *Las comunidades de Castilla*, Madrid, 2ª. ed. Revista de Occidente, 1970, cap. V.

16 ***Ibid.***, p. 267.

17 Wallerstein señala cuatro principales mecanismos de fortalecimiento de los Reyes en su camino a constituir Estados modernos: burocratización, monopolio de la fuerza, legitimación y homogenización de la población. **Vid.** Inmmanuel WALLERSTEIN, **Op. cit.**, pág. 136. En realidad, España no sigue un proceso de franca modernización liberal sino que más bien intenta modernizar sin cambiar sus jerarquías sociales tradicionales. Por ello, no se percibe en ella la creación de una amplia clase media burguesa que pudiera contribuir a la homogenización de la población.

18 Fernand BRAUDEL, *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, t. I., México, Fondo de Cultura Económica., 1976, págs. 33-37.

19 Alfonso GARCÍA-GALLO, *De la ciudad castellana a la indiana, en Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, págs. 1014-1017.

20 ARISTÓTELES, *Política*, L. VII, cap. 11, 23: "El arreglo de las casas privadas [en una ciudad] se considera que es más agradable y generalmente más conveniente, si las calles son trazadas de manera recta, según la nueva moda introducida por Hipódamo..." [La referencia que hace Aristóteles es, al parecer, a Hipódamo de Mileto (480 a. C.), arquitecto a quien se encargó la construcción del Puerto de Atenas y quien propuso la construcción de las ciudades conforme a relaciones numéricas para establecer la simetría].

21 "*La naturaleza no es antigua, en mi opinión; el mundo acaba de nacer: vemos también que muchas artes se perfeccionan, y que cada día se agregan mejoras a la navegación*" (LUCRECIO, V, 331).

22 Paolo GROSSI, *Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval*, en *Derecho, Sociedad y Estado*, México, Escuela Libre de Derecho, 2004, pág. 23.

23 J. M. OTS CAPDEQUI, **Op. cit**. pág. 16.

24 J. M. OTS CAPDEQUI, **Op. cit.**, pág. 17. El énfasis es del autor citado.

25 Juan SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*. L. III, cap. 3, párr. 26.

Notas

26 Lic. Castillo de BOBADILLA, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos en tiempo de paz y de guerra*, Madrid, En la Imprenta Real, 1649.
27 Juan SOLÓRZANO PEREYRA, ***Op. cit.*** L. III, cap. 1, párr. 4.
28 Juan SOLÓRZANO PEREYRA, ***Op. cit.***. L. III, cap. 2, párr. 23.
29 F. L. GANSHOF, *El Feudalismo* (1957), Barcelona, Editorial Ariel, 1974, págs. 26-31.
30 Marc BLOCH, *La société féodale* (1939). Paris, Albin Michel, 1968, t. I, 2ª parte, L. III, cap. II, sección I, pág. 58.
31 Juan SOLÓRZANO PEREYRA, ***Op. cit.*** L. III, cap. 1, párr. 6.
32 Ludovico Antonio MURATORI, *Antichitá italiche del medioevo* (*Antiquitates italicae medii aevi*, 1743), Dissertazione XV.
33 Juan SOLÓRZANO PEREYRA, ***Op. cit.***. L. III, cap. 3, párr. 28 y 29.
34 J. M. OTS CAPDEQUI, **Op. cit.**, pág. 25.
35 Alfonso el Sabio, *Las Siete Partidas*, glosadas por el Lic. Gregorio López, Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1844, t. II, Cuarta Partida, tít. XXII, introducción, pág. 605.
36 **Ibidem**, Cuarta Partida, título XXI, ley I, pág. 600.
37 **Loc. cit.**
38 Es interesante examinar la discusión ideológica de la época para establecer las condiciones en que lo que no era posible para los indios americanos fue, sin embargo, aceptable poco después para los negros africanos; en particular, si se tiene en cuenta que la esclavitud negra se instituye precisamente para aliviar la condición de los indios. Las diferencias ideológicas entre indios y negros puede ayudar mucho para comprender los términos en los que se desarrolla el pensamiento político-jurídico de la España del S. XVI
39 Efraín TRELLES ARESTEGUI, *Lucas Martinez Vegazo: funcionamiento de una encomienda peruana inicial*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, pág. 173.
40 Sobre el acto simbólico de **alicuius manibus iunctis fore feodalem hominem** (convertirse en hombre feudal de alguien por medio de las manos juntas), **vid.** François L. GANSHOF, *El feudalismo*. Barcelona, Editorial Ariel, 1974, págs. 118-119.
41 Juan SOLÓRZANO PEREYRA, ***Op. cit.*** L. III, cap. 14, párr. 10.
42 Juan SOLÓRZANO PEREYRA, ***Op. cit.*** L. III, cap. 14, párr. 22.
43 Juan SOLÓRZANO PEREYRA, ***Op. cit.*** L. III, cap. 14, párr. 23
44 Marc BLOCH, **Op. cit.**, t. I. 2ª parte, L. III, cap. II, sección II, pág. 369.
45 Henri PIRENNE, *Historia de Europa desde las invasiones hasta el S. XVI* (1936), México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pág. 77.
46 José Antonio del BUSTO DUTHURBURU, *Historia General del Perú. Descubrimiento y Conquista*, Lima, Librería Studium, 1978, pág. 486.
47 F. L. GANSHOF, **Op. cit.** págs. 135-143.
48 Con relación a las prácticas económicas de los primeros años de la Conquista, también fuertemente teñidas de medievalismo porque se basan en mercedes y privilegios pero, al mismo tiempo, plenas de un dinamismo joven y propio del espíritu nuevo que está naciendo en Europa en el S. XVI, **vid.** Efraín TRELLES ARESTEGUI, **Op. cit., passim.**
49 García-Gallo explica que la preferencia por las encomiendas por una vida sobre las encomiendas por tiempos menores (dos o tres años) obedeció a que, al asegurarse a cada encomendero la renovación periódica de un cupo de trabajadores, éste no tendría interés en conservar los que tenía y podía forzarlos a trabajo excesivos; mientras que si el indio era encomendado por toda la vida del encomendero, éste se vería obligado a otorgarle mejores condiciones de vida, aunque no fuera sino para conservar su fuerza de trabajo. Alfonso GARCIA-GALLO. *La condición jurídica del indio*, en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, págs. 748-749.
50 J. M. OTS CAPDEQUI, **Op. cit.**, pág. 26.
51 Alfonso GARCIA-GALLO, **Op. cit.**, pág. 748.
52 Estos procedimientos administrativos virreynales -que fueron practicados muchas veces y en distintos lugares del Virreinato durante el S. XVI- constituyen actualmente una de las fuentes más importantes para el conocimiento del mundo andino de la época. Sobre la importancia historiográfica de las visitas, **vid.** Franklin PEASE GARCIA YRIGOYEN, *Las visitas como testimonio andino*, en *Historia: problema y promesa. Homenaje a Jorge Basadre*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978, págs. 43-453.
53 José Antonio del BUSTO DUTHURBURU, **Op. cit.**, pág. 490.
54 *Libros de Cabildos de Lima*, Lima 1935-1964, t. IV, pág. 64.
55 Guillermo LOHMANN VILLENA, *Los Regidores Perpetuos del Cabildo de Lima (1535-1821), Crónica y estudio de un grupo de gestión*, Sevilla, Diputación Provincial de Sevilla, 1983, pág. 254.

Notas

56 Juan de MATIENZO, *Gobierno del Perú (1567)*, Paris-Lima, Travaux de l'Institut Français d'Etudes Andines, 1967, parte II, cap. XII, p. 270.
57 Rubén VARGAS UGARTE S.J., *Historia General del Perú*, Lima, Carlos Milla Batres, editor, 1966, t. II, p. 184.
58 Cit. p. José Antonio del BUSTO DUTHURBURU, **Op. cit.**, pág. 291.
59 Rubén VARGAS UGARTE, S.J., **Op. cit.**, pág. 190.
60 Ricardo LEVENE, *Las Indias no eran colonias*, Buenos Aires, 1951.
61 Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 20. **Vid. etiam** del mismo autor *Hispaniarum et Indiarum Rex, Monarquía múltiple y articulación estatal de Hispanoamérica y Filipinas. Contrastes entre formas estatales de expansión europea y las formas imperiales y coloniales*, en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, págs. 407 y ss.
62 Fernán ALTUVE-FEBRES LORES, *Los Reinos del Perú*, Lima, Dupla Editorial, 2001, 2ª ed.
63 José Antonio DEL BUSTO DUTHURBURU, *Francisco Pizarro, el Marqués Gobernador*. Lima, Librería Studium, 1978, 2ª ed., págs. 255-256.
64 Emperador D. Carlos y la Emperatriz Isabel de Portugal en las Audiencias de 1530, en *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias*, Madrid, Por Andrés Ortega, 1774, 3ª ed., t. I, L. II, tít. I, ley ii, folio 126v.
65 Fernand BRAUDEL, **Op. cit.**, t. II, págs. 41-42.
66 Fernand BRAUDEL, **Op. cit.** t. II, págs. 42-43.
67 Luis Antonio EGUIGUREN, *Diccionario Histórico Cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus Colegios*. Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1940, t. I, pág. 549.
68 Luis Antonio EGUIGUREN, **Op. cit.**, págs. XXVI y 426.
69 José Toribio MEDINA, *La Imprenta en Lima (1584-1824)*. Santiago de Chile, Impreso y grabado en casa del Autor, 1904, t. I, págs. 390-406.
70 Luis Antonio EGUIGUREN, **Op. cit.**, pág. 587. **Vid. etiam** José Toribio MEDINA. **Op. cit.**, págs. 402-406.
71 Fernand BRAUDEL, **Op. cit.**, t. II, pág. 41.
72 Immanuel WALLERSTEIN, **Op. cit.**, pág. 156.
73 Licenciado Castillo de BOBADILLA: **Op. cit.**, L. I, cap. III, 23, p. 37. Más adelante, Bobadilla dirá que es siempre conveniente que las autoridades sean nobles de sangre porque los hidalgos españoles han cultivado las virtudes y, por otra parte, mas se hace respetar un noble que un plebeyo; pero vuelve a advertir que la nobleza verdadera es la que se adquiere por la propia virtud y que cuando la nobleza y la virtud anduvieren separadas, se prefiere al virtuoso al noble. **Ibidem**, L.I, cap. IIII, págs. 68-82. "De manera que si no se juntan y copulan la nobleza con la virtud, sino que anduvieren de por si, preferirse ha la nobleza de costumbres a la del linage". **Ibid.**, L.I, cap. IIII, págs. 81-82.
74 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. I, cap. V, n. 1, pág. 96.
75 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. I, cap. III, 22-34, págs. 36-41.
76 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. I, cap. III, 40, pág. 44.
77 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. I, cap. III, 58, p. 51.
78 Licenciado Castillo de BOBADILLA: Op. cit. T.I. L.I, cap. V, n. 9, pág. 87.
79 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. I, cap. VII, n. 4, pág. 113.
80 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. I, cap. VII, n. 10, pág. 116.
81 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. I, cap. VII, n. 15, pág. 117.
82 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. I, cap. VII, n. 16, pág. 117.
83 Licenciado Castillo de BOBADILLA, **Op. cit.** , t. I, L. II, cap. I, ns. 25 y 26, págs. 295-296.
84 Juan de Matienzo, ***op. cit.***, parte II, cap. I, p. 197.
85 ***Ibid.*** p. 198.
86 ***Ibid.*** p. 199.
87 Guillermo LOHMANN VILLENA, *El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, págs. 96-101.
88 Guillermo LOHMANN VILLENA, **Op. cit.**, págs. 102-104.
89 Guillermo LOHMANN VILLENA, **Op. cit.**, págs. 106-107.
90 Guillermo LOHMANN VILLENA, **Op. cit.**, pág. 473-474.
91 Sin embargo, García-Gallo sostiene que esto no significa que en algún momento se haya cuestionado la humanidad del indio, como lo ha sostenido Hanke: nunca, por ejemplo, ningún misionero dudó de que se podía bautizar a los indios. Alfonso GARCIA-GALLO, *La condición jurídica del indio*, en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, pág. 744.

Notas

92 García-Gallo ha sugerido que es el sistema que se depura a sí mismo y que Las Casas juega dentro de ese sistema el papel indispensable de una oposición que le permita conocer y remediar sus propios defectos: Las Casas constituiría una oposición estimulada por el propio sistema que funciona como una suerte de auto-crítica constructiva, perfectamente integrada. Alfonso GARCIA-GALLO, *Las Casas, jurista y representante de la oposición oficial*, en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, pág. 121.

93 *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, ed. cit., t. II, L. VI, tít. II, ley primera.

94 *Recopilación de las leyes de Indias*, ed. cit., L. VI, tít. V, ley xviii; **vid. etiam** t. II, folio 210v.

95 **Vid**. Karen SPALDING, *De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú colonial*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1974, pág. 175.

96 Cristóbal Colón: *Diario del primer viaje a las Indias* (Relación compendiada por Fray Bartolomé de las Casas), día 9 de Enero, en Cristóbal Colón, *Los cuatro viajes del Almirante y su testamento*. Madrid, Colección Austral, 1980, 7ª ed., pág. 124.

97 Cit. p. José DURAND, *Ocaso de sirenas, esplendor de manatíes*, México, Fondo de Cultura Económica. 2ª ed., 1693, p. 22.

98 P. Juan Eusebio NUREMBERG S.J., *Curiosa Filosofía y Cuestiones naturales, en Obras filosóficas del P. Juan Eusebio Nuremberg, de la Compañía de Jesús, Éticas, Políticas y Físicas, que contiene lo principal de la Filosofía Moral, Civil y Natural, todo conforme a la piedad cristiana*, Sevilla, por Lucas Martín de Morosilla. 1686, L. IV, caps. V, VI y VII, folio 295v.

99 ANÓNIMO, *Amadís de Gaula*, caps. 49 y 53.

100 *La señora Oriana a Dulcinea del Toboso*, en Miguel de CERVANTES SAAVEDRA, *El Ingenioso Hidalgo Don Quixote de la Mancha*, Madrid, por Juan de la Cuesta, 1608. El poema citado no tiene número de folio; se encuentra dentro del grupo de fictas dedicatorias que aparecen a continuación del Prólogo.

101 Se dice que Miraflores quedaba en Greenwich, Inglaterra, muy cerca de Londres, en terrenos del actual Observatorio Astronómico, sobre una prominencia del parque, a 100 metros sobre el nivel del Támesis. El sitio estuvo históricamente ocupado por una torre construida en 1433 por Humphrey, Duque de Gloucester, a la que le puso el nombre de Mirefleur debido a la leyenda que afirmaba que era el terreno donde estaba erigido en la antigüedad legendaria el Castillo de Miraflores.

102 Michel EYQUEM, Señor de MONTAIGNE: *Des coches*, en *Les Essais*, Paris, Jean de Bonnot, 1972, t. III, L.III, cap. VI, pág. 380. No cabe duda de que Montaigne se está refiriendo a los Incas descritos por Garcilaso de la Vega.

103 **Loc. cit**.

104 VOLTAIRE, *Candide*, párrafos 321 a 360.

105 Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755).

106 Michel VILLEY, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris, Editions Montchrestien, 1968, pág. 353. Para Villey, los escolásticos españoles "han falseado la lección de Santo Tomás, deformando subrepticiamente la doctrina tradicional católica del derecho natural" (Michel VILLEY, **Op. cit**. págs. 354-355), porque al discutir con los racionalistas y los nominalistas de su tiempo se han visto obligados a entrar en el terreno racionalista y nominalista.

107 Karen SPALDING, **Op. cit**., págs. 192-193.

108 Sobre la idea de la "modernización tradicionalista", **vid.** Fernando de Trazegnies Granda, *La idea de Derecho en el Perú republicano del S. XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, **passim**.

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

JUAN CARLOS CASSAGNE
La justicia administrativa en Iberoamérica

La justicia administrativa en Iberoamérica

Juan Carlos Cassagne

I. Introducción

El tema de la justicia administrativa en los países de iberoamérica constituye una de las piezas clave para la configuración y el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

Una visión sobre el conjunto de los sistemas procesales latinoamericanos en lo contencioso-administrativo revela que, salvo el caso de Colombia[1] (en el que se adoptó la institución del Consejo de Estado similar al modelo francés) la casi totalidad de los Estados han sido fieles al sistema judicialista que encuentra su raíz en la Constitución liberal de Cádiz del año 1812, la cual, como es sabido, llegó a ser jurada en varios de nuestros países.

En tal sentido, el sistema judicialista puro de Cádiz se extendió en hispanoamérica de una manera más generalizada que en la propia España, donde se tardó unos cuantos años en instituir el modelo judicialista del contencioso-administrativo.

Ello implica un claro apartamiento tanto del sistema francés como del norteamericano. Lo primero, por cuanto, no obstante existir una influencia proveniente del derecho francés en algunas instituciones del proceso contencioso-administrativo, los países latinoamericanos no adoptaron, como principio básico, la institución de tribunales administrativos del tipo del Consejo de Estado francés. Lo segundo, por la sencilla razón de que, como más adelante se puntualiza, el sistema constitucional norteamericano, al no imponer al Poder Ejecutivo la interdicción expresa de ejercer funciones judiciales (tal como lo prescribe la Constitución de Cádiz de 1812), evolucionó hacia el reconocimiento de la jurisdicción administrativa primaria en cabeza de agencias independientes o incluso de órganos administrativos.

En cambio, la Constitución de Cádiz[2], que en este punto constituyó la fuente de varias constituciones hispanoamericanas como la de Chile de 1833[3] y las constituciones chilenas posteriores[4], la del Perú[5] y la Constitución Argentina[6], prohibe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, avocarse al conocimiento de las causas pendientes así como restablecer las fenecidas.

Siendo entonces distinto el punto de partida de la mayoría de los sistemas iberoamericanos, también fueron diferentes su evolución y los problemas institucionales que se plantearon, en cada país, en los aspectos teórico y práctico.

Estos problemas, que se proyectan al plano de las estructuras de los sistemas, son básicamente dos:

(i) la configuración o no de un fuero especializado (tribunal judicial en lo contencioso administrativo) para entender en los litigios en que es parte la Administración Pública o el Estado, en general, donde se debatan cuestiones regidas por el derecho administrativo.

Al respecto, hay países, como Chile, que no han establecido el fuero contencioso administrativo, mientras que hay otros que lo han instituido, unos con base constitucional, como el sistema uruguayo[7] y otros que derivan de una creación legal, como el argentino. Al propio tiempo, en algunos de los sistemas hispanoamericanos se combina el fuero contencioso-administrativo especializado con la atribución del control de constitucionalidad a una Corte Suprema de Justicia al estilo norteamericano[8]. Esto último, aunque en forma concentrada mediante el establecimiento de una jurisdicción suprema originaria y privativa, es la fórmula prescripta en la Constitución de Brasil, que atribuye competencia al Supremo Tribunal Federal para entender en los conflictos vinculados con garantías constitucionales, en particular en lo concerniente a las acciones directas de inconstitucionalidad[9].

(ii) el reconocimiento limitado de ciertas funciones jurisdiccionales a órganos de la Administración Pública si bien sobre la base del principio del control judicial suficiente que exige la admisión en estos casos de un control judicial pleno con amplitud de debate y prueba.

En tal sentido, tanto en Chile como en Argentina se ha admitido el ejercicio de potestades jurisdiccionales a favor de órganos administrativos fundado en razones de especialidad funcional y no como cláusula general, es decir, como anota Silva Cimma, se trata de "*funciones jurisdiccionales respecto de ciertas y determinadas materias que les han sido expresamente encargadas por la ley. Así, ejercen esta función en determinados casos el Director General de Aduanas, el Director General de Impuestos Internos, etc.*" quien agrega que "*En doctrina, todos estos organismos pueden configurarse por ello como Tribunales Administrativos especiales. Además, dentro de la propia Administración existen otros tribunales con competencia específica en lo contencioso administrativo respecto de ciertas materias, tales como los Tribunales de Cuentas, de Aduanas, de Patentes, de Abastos, etc.*"[10]

Finalmente, si se reconoce que la ciencia del derecho se encuentra "ligada a un territorio y a una actualidad"[11], ello implica reconocer que posee un contenido histórico

que, en el caso de los países latinoamericanos, parte de un origen y lengua comunes, así como también lo son sus creencias, costumbres y tradiciones.

Ese fondo histórico común que exhibe el derecho hispano americano conduce al jurista a construir el derecho sobre la base de la ley y, aun por encima de ella, con fundamento en los principios generales del derecho y, en sus grandes líneas metodológicas e interpretativas, difiere del sistema vigente en el derecho anglosajón en el que, como es sabido, se asigna un papel preponderante al derecho que fluye de los casos judiciales[12].

En suma, las características comunes que exhibe el contencioso-administrativo iberoamericano justifican el empeño que ha puesto uno de los grandes juristas españoles, González Pérez, en la elaboración de un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica.

II. Una misión difícil: controlar el ejercicio del poder público

Nunca ha sido tarea fácil en el mundo la de controlar el ejercicio del poder público cuando se afectan derechos de los ciudadanos. Tuvieron que transcurrir muchos siglos hasta haberse podido consolidar sistemas que impidieran, con una mínima eficacia, el desborde de la actividad administrativa y legislativa del cauce del derecho y de la justicia.

Algunos piensan que el control judicial ha de ceñirse, fundamentalmente, a la verificación por el juez de la legalidad de la actuación más o menos determinada de la Administración Pública. Si así fuera, el control judicial se convertiría en una pura operación de subsumir el caso concreto en el ordenamiento general y bastaría con controlar que, aún dentro de la franja de discrecionalidad que puede brindar la norma, la Administración ha optado por una solución razonable y, por tanto, exenta de arbitrariedad para dar por cumplida la tutela judicial.

Pero ocurre que las cuestiones a resolver, en materia de control judicial, no se presentan de ese modo tan simple en la mayor parte de los casos, lo cual modifica sustancialmente la visión que debe tener el juez a la hora de juzgar a la Administración.

Por de pronto, el juez, en algunos sistemas contencioso administrativos, tiene atribuida la potestad de juzgar la constitucionalidad de la propia ley o el ordenamiento legislativo en el que se fundamenta la actividad administrativa y lo hace no sólo conforme a la técnica de la jerarquía constitucional (de tipo kelseniano) sino a la de los principios generales del derecho, que suelen ser creaciones pretorianas de origen doctrinario o jurisprudencial (como los creados por el Consejo de Estado francés) pero, en cualquier caso, recepcionados por los tribunales ya que, a través de ellos, estos principios adquieren una realidad o positividad y se incorporan al mundo jurídico.

En otros supuestos, el juez no controla el ejercicio del margen de discrecionalidad sino la aplicación correcta o no de un concepto jurídico indeterminado. ¿Qué herramientas utiliza para llevar a cabo este control? Como la ley generalmente no proporciona base determinada o si así fuera ésta es casi siempre deficiente, el juez –que no puede dejar de fallar en la mayor parte de los sistemas civilizados- carece de todo otro recurso que no sea el de acudir (una vez más) a la aplicación de los principios generales del derecho existentes o a la creación de alguno nuevo que le permita resolver el conflicto de la manera más justa. Los casos en que esto acontece son numerosos habida cuenta la posibilidad bastante común que se produzcan carencias normativas, lo cual conduce muchas veces a la necesidad de determinar la dimensión de peso de principios y normas contradictorias. En todos esos supuestos el juez precisa acudir a criterios de justicia antes que al ordenamiento positivo y mantener una posición de equilibrio frente a los demás poderes del Estado y la opinión pública.

Esta somera descripción permite advertir que la labor judicial de controlar a la Administración, es mucho más compleja que la del juez civil, –el cual generalmente juzga sobre un marco más estable y con un cuerpo de normas y principios jurídicos arraigados por el peso de una tradición milenaria- en un conflicto entre particulares, cuyo grado de repercusión social o de vinculación al interés público es bastante menor.

En cambio, el ordenamiento administrativo presenta una mayor movilidad y su relación directa con la Constitución es mucho más acentuada aunque, en definitiva, el mundo jurídico tenga en ambas ramas del derecho una estructura tridimensional que se compone de normas, conductas o experiencias y valores de justicia[13]. Todo ello demanda la institución de una justicia especializada en el conocimiento de la materia contencioso-administrativa.

En cualquier caso, la labor judicial de controlar la actividad de la Administración no es mecánica ni exclusivamente técnica. Es más bien casi un arte: el de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público, sin sustituir –como lo ha señalado recientemente SESIN- la discrecionalidad política por la judicial, siendo tan pernicioso el control que paraliza la actividad estatal como el que la limita excesivamente con mengua de las garantías del Estado de Derecho[14]. Lo expuesto, sin desconocer que, como bien lo ha puntualizado VANOSSI, "a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un acrecentamiento de los controles, un vigorozamiento de las garantías y una acentuación de las responsabilidades[15]".

Nadie discute que el sistema de justicia administrativa, contencioso-administrativo, derecho procesal administrativo o como se lo quiera denominar convencionalmente, constituye, en realidad, un subsistema perteneciente a un sistema que lo engloba.

Este sistema no es otro que el denominado separación de poderes, el cual hunde sus raíces históricas en el conocido trabajo de Montesquieu[16], aunque existen antecedentes aristotélicos del principio (sin una formulación tan orgánica ni moderna) y, lo que es menos conocido, en las instituciones del antiguo derecho español.

En rigor, son muchas las instituciones del derecho público occidental que encuentran su fuente en el derecho de los visigodos (entre ellas el poder judicial independiente, los embriones del sistema federal y la autonomía de las ciudades) lo cual implica reconocer que las raíces de importantes instituciones y principios de derecho público desarrollados más tarde en Inglaterra y en los países de Europa

Continental tienen origen en el antiguo derecho español, que recepcionó, en gran medida, el de los pueblos germánicos.

Precisamente, en las instituciones del antiguo derecho español se encuentran los antecedentes de muchas figuras y concepciones que más tarde la Revolución Francesa reprodujo como originales y nuevas como si el derecho no fuera la obra decantada de instituciones que van evolucionando y perfeccionándose con el paso del tiempo.

Así aconteció, entre otras figuras, con el concepto de "ciudadano" que aparece en el derecho medieval y con el principio que asignaba valor de ley suprema a los Fueros medievales, los que estaban "por encima de la voluntad real[17]". La consecuencia era que lo que se hacía contra el fuero se consideraba nulo "ipso foro".

La Revolución Francesa introdujo la concepción del Poder Legislativo como un poder soberano superior a todos, dejando en los hechos al Ejecutivo a merced del poder parlamentario, lo que condujo, en pocos años, a la destrucción del régimen que pretendió instituir, claramente violatorio de la separación de poderes. En tal sentido, la principal consecuencia no fue tanto la afirmación de la supremacía de la ley sobre la voluntad del Rey sino la sumisión de éste al poder del Parlamento.

Ahora bien, la búsqueda de las bases y puntos de partida nos lleva, a su vez, a desentrañar algunos equívocos que han ido deslizándose, en torno a las fuentes del derecho público hispanoamericano, los orígenes de la justicia administrativa, la evolución del sistema norteamericano (basado hoy día en un sistema de jurisdicción administrativa con control judicial posterior, generalmente concentrado en las Cortes de Circuito, que son tribunales colegiados).

III. La justicia administrativa no nació con la Revolución Francesa

Todo lo que concierne al origen de la justicia administrativa en el derecho francés requiere desbrozar algunos equívocos, como aquel que, sobre la base de la descripción formal y lógica de un producto revolucionario, atribuye el nacimiento de la jurisdicción administrativa a la Revolución Francesa[18], como si fuera una operación quirúrgica que creó un derecho nuevo y no la obra decantada de un largo proceso histórico.

Ese largo proceso histórico, originado en el Antiguo Régimen francés, que partía del principio de separación entre las autoridades administrativas y las judiciales, alcanzó a establecer la judicialidad de los conflictos entre los particulares y la Administración, asignando la respectiva competencia a órganos administrativos separados de la Administración activa (Intendentes y Consejo del Rey[19]).

La circunstancia que la jurisdicción administrativa naciera bajo la monarquía, al mismo tiempo que la judicial, ha sido subrayada nada menos que por Tocqueville[20] y por Laferrière[21] encontrándose referencias en numerosos estudios jurídicos realizados por autores franceses durante el siglo pasado (vgr. Viollet, Esmein, Chenon, etc.).

La Revolución Francesa, aunque partió del reconocimiento del mismo principio de dualidad de jurisdicciones prescripto por el Antiguo Régimen, consagró una solución radicalmente distinta, suprimiendo los Intendentes y el Consejo del Rey y transfiriendo la titularidad de la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa[22], que de esa manera eran a la vez jueces y partes de un mismo conflicto[23].

Resulta obvio, entonces, colegir que en la realidad del sistema instituido por la Revolución Francesa se encontraba una suerte de inmunidad de la Administración y sus funcionarios. Como es sabido, éstos fueron libres de cometer toda suerte de sucesos aberrantes que afectaron la vida y la propiedad de los franceses, en aras de una proclamada y formal igualdad y de libertades inexistentes, mediante conductas fundadas en el inexplicable dogma de la voluntad general y de su primacía, como una razón absoluta que excluye la razón individual.

Un sistema tan regresivo no podía durar mucho tiempo y a los nueve años (es decir, en 1799) Napoleón terminó dando una vuelta de tuerca hacia un modelo similar al del Antiguo Régimen mediante la creación, en cada departamento, de un "Consejo de Prefectura" con competencia para conocer en determinados asuntos administrativos.

Como sostuvo Benoît, ese proceso significó "la reaparición de la jurisdicción del Intendente" completada más tarde con la creación del Consejo de Estado, a partir del cual la historia del extraordinario desarrollo que llegó a alcanzar el derecho administrativo francés es bien conocida.

La conclusión que se desprende de todo ello es que la justicia administrativa es el producto de un dilatado proceso histórico que va decantando sus principios y soluciones. Es cierto que ha recorrido a veces un camino equivocado pero también resulta posible que a través de un golpe de timón pueda recobrar el equilibrio de poderes, que es la base para el funcionamiento armónico de cualquier sistema político.

En otras palabras, la justicia administrativa va amoldándose a los principios que una determinada sociedad considera justos y legítimos en una circunstancia histórica determinada (igualdad, libertad, propiedad, defensa y promoción de la competencia, seguridad física y jurídica, independencia, etc.).

Cabe entonces preguntarnos si, en la actualidad, la justicia administrativa responde a esos valores que los ciudadanos consideran como parte de los bienes comunes y de los derechos que merecen ser protegidos de la arbitrariedad que proviene de los diferentes órganos del Estado así como de personas que, siendo de naturaleza privada o pública no estatal, son parte o intervienen en calidad de terceros en los procesos administrativos.

No hay que olvidar que la significación ideológica de la justicia administrativa consiste en matizar el carácter individualista que ella tiene como producto del Estado de Derecho en los ordenamientos positivos[24].

Es que, básicamente, el problema de la justicia administrativa pasa por limitar el poder el cual "es siempre por esencia, en cualquier situación, capacidad de dominación[25]". La novedad actual radica en que el ejercicio del poder público ante la jurisdicción administrativa se ha transferido –en algunos sistemas comparados como el nuestro- tanto hacia organismos públicos (ej. órganos ex-

tra-poder como el Defensor del Pueblo) como hacia organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios, a través de verdaderas acciones populares que ponen en grave riesgo el equilibrio del sistema de protección de los derechos de los particulares que no tienen cabida en los mecanismos de acciones colectivas, a menos que se reglamenten las denominadas acciones de clase.

IV. Los sistemas judicialistas

1. Tipología básica de los sistemas de los sistemas judicialistas, de tribunales administrativos o mixtos en relación al principio de separación de poderes

Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos.

Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio.

En la vereda opuesta a un sistema judicialista puro se encuentran los sistemas de tribunales administrativos, los cuales actúan en el ámbito de la Administración, aún cuando sus jueces se desempeñen con independencia funcional, como ha sido en la tradición francesa que exhibe la labor del Consejo de Estado.

Pero, se admite que puedan coexistir con la división de poderes, formas mitigadas del sistema judicialista reconociendo excepcionalmente, sin instituir una cláusula general, determinados tribunales administrativos, por razones de especialización, con control judicial posterior limitado, o bien, los llamados sistemas de jurisdicción administrativa primaria con control judicial amplio o simplemente revisor, o incluso excepcionalmente prohibido, como acontece en el sistema norteamericano.

En estos últimos sistemas, que podrían denominarse mixtos, la clave para determinar cuál es el que mejor se concilia con el principio de separación de poderes se encuentra en el alcance del control o revisión judicial, siendo evidente que aquel que cumple con mayor rigor los postulados en que se apoya es el que consagra el control judicial más amplio posible (entre nosotros, el denominado "control judicial suficiente"). Aquí aparece una tensión (señalada, entre otros, por el jurista alemán Pielow) entre justicia y eficiencia, donde el funcionamiento de los sistemas muestra que a mayor justicia menor eficiencia del sistema y viceversa.

En los países iberoamericanos ha prevalecido el sistema judicialista que confía a jueces encuadrados en la organización judicial el conocimiento de las causas contencioso administrativas, lo cual ha sido consagrado en normas de rango constitucional[26].

Un caso particular es el que se presenta en México en el que coexisten el sistema de tribunales administrativos con los tribunales judiciales, manteniéndose la jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer en los amparos contra las resoluciones emanadas de los tribunales administrativos[27].

2. Principios del sistema judicialista y sus fuentes

La configuración del sistema judicialista consagrado en la mayor parte de los sistemas iberoamericanos, estructurados sobre la base de la división de poderes, se apoya en un cúmulo de principios prescriptos en las respectivas constituciones. Ellos son:

(a) la institución de un poder judicial independiente;
(b) la garantía de la defensa en juicio;
(c) la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo; y
(d) la proyección de la clásica garantía de la defensa que se extiende, en algunos países, en la creación y reglamentación de las acciones judiciales de amparo[28]. En Chile, se ha propiciado, por un sector de la doctrina, la categoría de las nulidades de derecho público como una acción procesal imprescriptible, con fundamento en el art. 7 inc. 3° de la Constitución de Chile[29], la cual no coincide, actualmente, con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema chilena[30].

Esa línea marca el principio que debe reinar, por razones históricas, en nuestra justicia administrativa, sobre la base de un sistema típicamente judicialista que hunde sus raíces en las instituciones hispánicas, primordialmente en Aragón y más tarde, en Castilla. Dichas instituciones fueron las que supieron crear un poder judicial independiente, con anterioridad a los sistemas de división de poderes que más tarde desarrollaron primero Inglaterra y, luego, los demás países europeos.

El Justicia Mayor de Aragón constituye el símbolo quizás de mayor trascendencia histórica y jurídica en cuanto representa la independencia judicial frente al rey, al punto que continuó rigiendo hasta el reinado de Felipe II, cuya política absolutista transformó la institución, tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, quedando sujeta, desde entonces, a la autoridad real.

La tesis que venimos sosteniendo acerca de la influencia de las instituciones españolas en las constituciones hispanoamericanas, particularmente en la chilena de 1833 y en la argentina de 1853, ha sido propugnada por autores de la talla de Estanislao S. ZEBALLOS y Segundo V. LINARES QUINTANA.

Al respecto, ZEBALLOS señaló en 1916 que al realizar el estudio comparativo de la Constitución Argentina con las instituciones visigodas, había llegado a un resultado sorprendente en el sentido de que nuestra Constitución "¡tiene en las instituciones de la Monarquía visigoda de los siglos V, VI, VII, VIII y IX de la era cristiana, raíces profundas que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra, porque no existían[31]!".

Entre esos principios, el que separa el poder judicial del poder ejecutivo y legislativo y prohibe a éste el ejercicio de funciones jurisdiccionales traduce la continuidad de

la doctrina jurídica española secular, representada por las antiguas leyes de Aragón y de Castilla (como se reconoce en los fundamentos del discurso preliminar con que se acompañó el texto de la Constitución de Cádiz).

Así, pudo decir Bielsa del Justicia de Aragón que fue una "admirable institución, cuya esencia es la de las más altas cortes de justicia defensoras de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución[32]".

Por todo ello no puede extrañar que un antecedente hispánico similar al Habeas Corpus anglosajón, el juicio de manifestación, haya influido también en nuestra tradición jurídica constitucional[33] ni menos aún que la Constitución de Cádiz de 1812 constituya una de las fuentes nutricias de la Constitución Argentina como lo han destacado Linares Quintana[34] y otros juristas[35].

La prescindencia de las fuentes constitucionales es muchas veces causa de graves errores de interpretación sobre el sistema judicialista de la ley suprema, el cual requiere –para una cabal hermenéutica- partir de sus bases históricas para captar su finalidad y su articulación con los demás principios constitucionales.

En esta materia, los transplantes de instituciones exógenas, así como las llamadas transmigraciones, encierran el peligro de introducir fórmulas incompatibles con nuestra idiosincrasia, que desconocen el piso de realidad o experiencia sobre el que transitan nuestras principales instituciones.

Por eso, hay que reconocer, como rasgos del sistema judicialista, los siguientes:

(a) como regla general, el juzgamiento de las leyes y de los actos administrativos y reglamentarios provenientes de los tres poderes del Estado compete a los jueces;
(b) el acogimiento de tal principio no ha impedido –como ocurre en el sistema chileno- que el control de constitucionalidad de las leyes se configure sobre la base de una jurisdicción compartida entre un Tribunal Constitucional (para el control abstracto de leyes y reglamentos) y una Corte Suprema[36];
(c) sólo excepcionalmente, las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca con jurisdicción general. En tales casos, para salvar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos del Ejecutivo (nunca al titular del Poder Ejecutivo) aparte de los requisitos inherentes a la independencia del órgano, ha de existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba;
(d) la tutela judicial efectiva aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa en juicio, el cual se reafirma en virtud del "status" constitucional que en algunos países como Argentina (art. 75 inc. 22) adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos artículos 8 y 25 lo contemplan.

De este principio, se desprenden una serie de consecuencias:

1) la superación de la doctrina de la jurisdicción meramente revisora que acotaba el alcance del control y su sustitución por la teoría del control judicial amplio y suficiente, como lo ha establecido la Corte Suprema argentina en numerosos precedentes[37];
2) la ampliación del círculo de legitimados al extenderse el campo de protección de los derechos tutelados (vgr. consumidores y usuarios, en general, los derechos de incidencia colectiva que encuentran un cauce judicial expeditivo y sumario en el proceso de amparo –arts. 42 y 43 CN);
3) la eliminación o relativización del principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal basado en el agotamiento de la vía administrativa, lo cual también reafirma la necesidad y conveniencia de erradicar el carácter revisor de la jurisdicción administrativa[38];
4) la supresión o reducción de los supuestos en que se aplican plazos de caducidad perentorios, como carga procesal de promover la acción judicial dentro de lapsos tasados por la ley, vencidos los cuales, los justiciables pierden incluso el derecho de fondo, como si hubiera ocurrido la prescripción los respectivos derechos.

3. La evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa

En el sistema que rige en los Estados Unidos de América no existe, para el control de los actos de la Administración Pública, una tradición judicialista tan fuerte como en los países de hispanoamérica, habiendo evolucionado hacia la adopción generalizada de una jurisdicción administrativa primaria que incluso, en algunos casos excepcionales, no es judicialmente revisable[39].

En tal sentido, con meridiana claridad el Profesor Bernard Schwartz ha sostenido que la jurisdicción primaria administrativa y el principio que exige el agotamiento de la instancia administrativa son como dos caras de la misma moneda. Mientras la jurisdicción primaria determina si un tribunal judicial o un ente administrativo tienen jurisdicción inicial la doctrina del agotamiento define si se puede revisar lo actuado por un ente administrativo que no es la última instancia en el ámbito de la Administración[40].

De ese modo, lo que aconteció tras la evolución del sistema judicialista norteamericano, fue el reconocimiento de una nueva forma de jurisdicción, distinta a la judicial.

Esta circunstancia, bastante atípica, terminó por convertir a dicha jurisdicción primaria administrativa en una verdadera instancia del proceso administrativo, sustituyendo, en los hechos, a los tribunales federales de primera instancia (denominados tribunales de distrito) ya que las leyes que rigen el procedimiento ante la jurisdicción federal prescriben, contra las decisiones de diversos órganos o agencias administrativas, un recurso directo de apelación ante las Cortes de Circuito[41].

El principal efecto que ello produjo, no suficientemente señalado ni advertido por la doctrina norteamericana ni la vernácula, es que el control judicial no constituye un

control difuso sino concentrado en un número restringido (no son más de catorce) de tribunales colegiados de segunda instancia.

Desde luego, que el control difuso sigue manteniéndose a favor de la exclusiva competencia judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, cuya fuerza expansiva se encuentra limitada al caso, por el carácter de "inter partes" de la sentencia.

En resumidas cuentas, en el orden de la realidad, el sistema norteamericano evolucionó de un modo diferente al sistema judicialista hispanoamericano, caracterizándose por una combinación, basada en el pragmatismo y en la eficiencia, entre diversos elementos propios de los sistemas judicialistas con aquellos que rigen en los sistemas de tribunales administrativos, aunque orgánicamente no sean iguales por el hecho que constituyen, simplemente, órganos o entes de la Administración.

Por ese motivo, al tratarse de dos sistemas bien diferenciados en sus orígenes, estructura y funcionamiento, mal pueden extrapolarse sin más las fórmulas procesales del derecho norteamericano, las cuales deben pasar por el tamiz representado por los principios de nuestros sistemas constitucionales y por el juicio prudencial sobre la compatibilidad de cualquier institución o regla jurídica, con la tradición y las costumbres de nuestros pueblos.

4. La tutela judicial efectiva

En la última parte del Siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado una gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, a raíz de su recepción constitucional.

Su proyección en Hispano-América, particularmente en Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido el principio tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

La Constitución argentina, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos pre-constitucionales consagró, en su artículo 18, la garantía de la inviolabilidad *"de la defensa en juicio de las personas y de los derechos"*, siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por ALBERDI[42].

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamentalmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía de las diferentes constituciones iberoamericanas.

En su evolución posterior, la garantía[43] de la defensa fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos. Tal es lo que ocurrió con el transplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano[44], y más modernamente, primero con el llamado derecho a la jurisdicción y luego con el principio de la tutela judicial efectiva.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción, reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada, susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de los plazos razonables[45].

Estas garantías que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y la doctrina[46] consideraron, en su momento, incluidas en la garantía de la defensa en juicio o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas con la tutela judicial efectiva, ésta última como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo[47], se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena Administración[48] proyectándose también al procedimiento administrativo[49].

Los principales matices diferenciales comprenden tres aspectos ya que la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción en las distintas etapas del proceso.

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de un modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes de la mayoría de nuestras Constituciones al prescribir positivamente el sistema judicialista en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado[50].

En Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un sector de la doctrina[51] propició, en su momento, una serie de posturas que afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora[52] que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Recién en la última década, algunos ordenamientos y la jurisprudencia, en forma limitada, por cierto, han comenzado a transitar por el camino correcto, y sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso- administrativo de su época, no puede menos que señalarse la profunda gravitación que entre nosotros, ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la RAP y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes[53].

En tal sentido, ha dicho González Pérez *"el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se 'haga justicia' que se traduce, en el plano jurídico administrativo en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados"*[54].

A nuestro juicio, la tutela judicial efectiva no resulta incompatible con el establecimiento de una jurisdicción administrativa primaria (similar a la configurada en el derecho norteamericano) siempre que ella sea instituida por ley y se prescriba la posibilidad de un posterior control judicial, que puede asignarse a los tribunales o cámaras de segunda instancia.

Como ha apuntado Soto Kloss, al estudiar el recurso de protección en el derecho chileno (cuya similitud con el amparo constitucional es notable)[55], la circunstancia de que los derechos del hombre son anteriores al Estado y su vida en sociedad constituye la razón de ser del ordenamiento jurídico, su protección se convierte necesariamente en "el fundamento esencial de toda organización estatal[56]".

V. Sobre algunas cuestiones actuales del contencioso administrativo

1. La admisión generalizada de pretensiones cautelares

Resultan indudables los avances que ha logrado alcanzar el capítulo de la tutela cautelar, a través de una evolución que comenzó con la admisión de las medidas innovativas y culminó con el reconocimiento de las llamadas medidas cautelares autónomas y, por último, con las medidas auto-satisfactivas decretadas por razones de urgencia[57].

Esta ampliación del objeto de la medida cautelar en el contencioso administrativo se encuentra en conexión con la idea de que siendo la pretensión principal el eje central del proceso administrativo (una de las innovaciones quizás más trascendentes del derecho procesal administrativo del siglo pasado en ese ámbito que difundió González Pérez inspirado en las ideas de Guasp)[58] los jueces deben tender a asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, para que el resultado del proceso no se transforme en algo inútil o inoportuno.

Sin embargo, como acontece muchas veces en otras cosas de la vida, hasta las buenas instituciones pueden llegar a degenerarse cuando se hace un uso abusivo o injusto de ellas y se presta mayor atención a los intereses políticos (tanto del gobierno como de la oposición de turno) y a la acción de los medios gráficos y televisivos, a través de un escenario en el que se montan verdaderas campañas alrededor de determinadas causas cuyo interés público en juego resulta fabricado al efecto y orientado hacia la justicia, a través de la influencia que ésta recibe en forma directa o mediante una opinión pública, artificialmente deformada.

En tal sentido, cabe cuestionar desde la generalización de la tendencia a morigerar o prescindir del requisito del peligro en la demora para el otorgamiento de medidas cautelares que se basan casi exclusivamente en la verosimilitud del derecho, sin atender a la posibilidad de realización de la pretensión al momento de la sentencia definitiva, así como la admisión de sujetos titulares de una pretensión en la que menos del 1% de los supuestamente afectados pretende ejercer una acción de defensa de intereses colectivos, la interposición de verdaderas acciones populares por parte de los Defensores del Pueblo, incluso los que poseen competencia de naturaleza local (vgr. Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires) a los que se ha admitido a litigar, en defensa de intereses o derechos que pueden resultar incompatibles con los titulares de intereses de vecinos de diferentes jurisdicciones, hasta los efectos *erga omnes* de la decisión cautelar, cualquiera sea la jerarquía del tribunal que lo declare e "inaudita parte", son muchos los aspectos del derecho procesal y/o derecho de fondo vinculado al proceso que ameritan una reforma profunda y orgánica.

Otra de las cuestiones se vincula con la protección cautelar de los nuevos derechos constitucionales, como el derecho a la salud[59], donde se condena periódicamente a un Estado prácticamente en "default" o estado de quiebra, a indemnizar a los particulares que sufren alguna contingencia en su salud, sin atender a las disponibilidades presupuestarias.

En este sentido, pretender –por ejemplo- solucionar los problemas sociales que se plantean en el campo de la salud pública mediante la técnica de las llamadas medidas auto-satisfactivas genera una continua desigualdad transformando al Estado en una caja aseguradora de riesgos, aparte de los abusos que la concesión de tales medidas pueden provocar, concluyendo en la degradación de la protección cautelar que se promueve.

2. La situación que se plantea en Argentina con el llamado control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces

La doctrina constitucionalista[60] y buena parte de la jurisprudencia[61] han venido sosteniendo que nuestro sistema de control de constitucionalidad de raíz judicialista y federal, posee un carácter difuso, en el sentido de que todo juez federal de cualquier rincón del país puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto reglamentario o acto administrativo del Poder Ejecutivo, en estos últimos casos, con efectos *erga omnes*, sosteniéndose incluso, hasta que los jueces provinciales[62] pueden ejercer el control de constitucionalidad.

Pero aún cuando no constituye un principio constitucional sino una derivación de la naturaleza judicialista del sistema y de que no cabe la posibilidad de crear un tribunal constitucional especializado y concentrado al estilo de los que existen en muchos países europeos, lo cierto es que el carácter difuso del control es más bien el producto de un vacío legislativo antes que la consecuencia de un mandato constitucional.

Llama la atención que esta cuestión no se haya planteado en la mayoría de los distintos estudios realizados por prestigiosos autores del derecho administrativo que han pasado por alto la evolución que, en este punto, ha tenido la organización del control jurisdiccional de los actos y reglamentos provenientes de las agencias reguladoras en el derecho norteamericano, lo que atribuimos a una suerte de paradoja producto de una visión descriptiva del proceso administrativo argentino, que prescinde del análisis comparativo del sistema estadounidense acerca de la organización –concentrada o difusa- del control jurisdiccional.

En efecto, tal como acontece en Estados Unidos, nada impide que la legislación pueda limitar el carácter difuso del control de los actos y reglamentos de las agencias reguladoras –por ejemplo- concentrándolo en tribunales federales de segunda instancia (las Cortes de Apelación de circuito), sin alterar con ello la competencia de la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución, conforme " a las reglas y excepciones que prescriba el Congreso", tal como reza el respectivo precepto constitucional[63].

En rigor, en los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la administración y de las agencias federales, está lejos de concebirse como un sistema de control difuso, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas[64]; b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos "statutory revision" que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no hayan remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores[65]; y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohiba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente [66].

Ello al par de unificar la jurisprudencia, a través de los juicios plenarios si así correspondiera, instituyendo una competencia más concentrada para el control jurisdiccional de los actos estatales, sobretodo en algunos procesos como los de amparo contra actos del Poder Ejecutivo y/o dictados por delegación de éste en las acciones declarativas de inconstitucionalidad y en las medidas cautelares, sería una contribución trascendente a la seguridad jurídica. Esa competencia podría ser asignada, como en los Estados Unidos, a las Cámaras Federales en lo Contencioso Administrativo creadas o a crearse, en el futuro, en diferentes lugares del país, como un fuero especializado[67].

Como acotación final, casi como una digresión, siempre recordamos que después de haber explicado como es posible que en Argentina cualquier juez de nuestro extenso territorio disponga la suspensión cautelar de un Decreto del Poder Ejecutivo, incluso con efecto *erga omnes*, en un Seminario sobre *La Justicia Administrativa* llevado a cabo en Barcelona en Homenaje al Catedrático español Rafael Entrena Cuesta,[68] muchos profesores se acercaron para confesarnos que recién podían entender las noticias que llegaban a España sobre la crisis argentina y el alcance de las decisiones jurisdiccionales que ha inclinado el fiel de la balanza, como consecuencia de la deformación del sistema, hacia el gobierno de los jueces.

VI. Conclusiones

Cuanto se ha expuesto refleja tan sólo una parte de los problemas que se plantean en el ámbito del proceso administrativo, quizás la de mayor trascendencia para la seguridad jurídica y el equilibrio entre los tres poderes esenciales del Estado. Quedan pues, fuera de este panorama, otras perspectivas del contencioso-administrativo que revisten interés práctico y doctrinario para la defensa de los derechos de las personas.

En tal sentido, una visión que se proyecta sobre el proceso administrativo tendrá que encarar, necesariamente, la solución de nuevos y antiguos problemas. Entre los primeros se encuentra el relativo al reconocimiento de una jurisdicción administrativa[69] que algunas leyes asignan a los entes reguladores, la instrumentación de acciones de clase[70] y de requisitos que aseguren una auténtica representatividad por parte de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores excluyendo toda injerencia política en ellas y la práctica de otorgar medidas cautelares bajo la sola caución juratoria, es decir sin responsabilidad material alguna para el titular de la pretensión que obtiene una medida sin derecho que más tarde resulta revocada o levantada, por ejemplo, por el efecto de una sentencia adversa.

En este sector de nuevos problemas hay que ubicar también los relativos a la transformación del juicio de amparo en una acción común y generalizada contra la Administración, en la que sin mayor debate y prueba, se resuelve la suerte de los derechos de los particulares y del Estado mediante una medida cautelar o una sentencia rápida, lo cual no se corrige, obviamente, con el reconocimiento del carácter relativo de la cosa juzgada, ya que toda decisión judicial en un amparo resulta difícil de remover a través de una acción ordinaria que tiene como antecedente un prejuzgamiento de la cuestión de fondo debatida, a la luz de la protección de los derechos y garantías constitucionales.

A su vez, en este grupo de nuevos temas a resolver en el futuro se encuentran los problemas que plantea el acceso a la jurisdicción en los derechos de incidencia colectiva, (por ejemplo, cuando sólo es parte el Defensor del Pueblo) en aquellos supuestos en que no existe causa en el sentido constitucional sino un mero interés de defensa de la legalidad[71].

Por lo demás, el reconocimiento del control de la actividad discrecional ha venido imponiéndose en nuestros derechos y la tesis de la exención de su control judicial ya no tiene acogida en el campo del proceso administrativo, siendo posible, cuanto menos, ejercer un control del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración por irrazonabilidad o arbitrariedad[72].

En cuanto a los antiguos problemas permanecen sin resolverse legislativamente, las cuestiones relacionadas con el carácter revisor de la jurisdicción administrativa y la subsistencia de los breves plazos de caducidad para demandar al Estado, en los casos de nulidad absoluta[73] como en las acciones de daños y perjuicios. En tales casos, así como en lo concerniente a la regulación del agotamiento de la instancia administrativa como requisito previo y obligatorio para acudir a la justicia cuando se impugnan actos administrativos, al igual que en materia del reclamo administrativo previo se impone la interpretación y consecuente adaptación de las normas vigentes, al principio de la tutela judicial efectiva o al menos, a la garantía de la defensa en juicio, que en la mayor parte de los países posee superior jerarquía constitucional.

De otra parte, seguimos pensando que aún cuando se encuentra abierta la legitimación para ser parte en los procesos administrativos, las categorías del derecho subjetivo y del interés legítimo, en las acciones individuales, seguirán siendo útiles para medir los diferentes grados de responsabilidad estatal, que será de mayor magnitud económica cuando se pretenda el reconocimiento de un derecho subjetivo y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada a través de una pretensión de condena pecuniaria que en aquellos supuestos en que la demanda tiene por objeto una pretensión de nulidad. Ello no significa que la violación de un interés legítimo no resulta indemnizable sino una limitación del alcance de la reparación ya que los criterios para determinarla no son similares en mérito a la diferencia que hay entre la protección sustantiva reservada al derecho subjetivo y la adjetiva o reaccional, circunscripta al interés legítimo.

Sabemos, por cierto, lo difícil que resulta remar contra las modas doctrinarias de turno pero, como ocurre siempre, las modas pasan y las categorías quedan, bien que muchas veces a través de formulaciones revestidas de un ropaje distinto o mediante el uso inconsciente que de ellas muchos continúan haciendo, pese a sostener que no existen.

Desde luego que para ello se requerirá el dictado de una legislación que equilibre la protección de los derechos e intereses, con fórmulas justas y razonables que incluyan criterios tasados para determinar la responsabilidad objetiva y directa del Estado con arreglo a la concepción de la falta de servicio o de la lesión antijurídica resarcible.

Finalmente y no menos importante para la realización efectiva de la tutela jurisdiccional de los particulares queda toda la problemática referente a la ejecución de las sentencias contra el Estado[74] que exige solucionar en forma adecuada la reparación de la lesión que plantea el hecho de que la Administración muchas veces no cumple con el deber de incluir los créditos emergentes de una condena pecuniaria en el presupuesto correspondiente, situación que los jueces vienen resolviendo a favor de la ejecución inmediata de la sentencia.

Es probable que algunos de los problemas planteados sólo puedan solucionarse definitivamente a la luz de reformas constitucionales pero creemos que la mayor parte de ellos pueden encontrar remedio a través de la legislación que dicten los respectivos parlamentos reforzando la justicia básicamente subjetiva como eje del sistema procesal administrativo, sin caer en las tentaciones populistas que propugnan la generalización de las acciones populares pero afirmando, al propio tiempo, el principio de la tutela judicial efectiva con el máximo rigor posible[75].

En este sentido y contrariamente a lo sostenido por un sector de la doctrina[76] reiteramos una vez más nuestra opinión favorable a la sanción de un Código o Ley de la jurisdicción administrativa sobre la base de un modelo común para todos los países de iberoamérica[77] que, respetando sus peculiaridades nacionales, encauce de una manera orgánica y sistemática los mecanismos que tienden a la realización de la efectiva tutela judicial, evitando la judicialización extrema de la política y, sobre todo, observando el principio de la separación de los poderes que constituye la médula del Estado de Derecho y de las libertades de los ciudadanos.

Notas

1 Colombia es el único país de latinoamérica que posee un Consejo de Estado y tribunales administrativos departamentales como jueces de derecho común de la actividad administrativa. El Consejo de Estado fue establecido definitivamente a partir de 1914; véase Vidal Perdomo, Jaime, "La justicia administrativa en Colombia", en *Estudios de Derecho Administrativo*, publicación en homenaje del centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo I, Universidad de la República, Montevideo, 1978, p. 502

2 Art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812.

3 Artículo 108 de la Constitución Chilena de 1833.

4 Artículo 73 de la Constitución Chilena actual.

5 Artículo 139 inc. 2 de la Constitución Peruana.

6 Art. 109 de la Constitución Argentina.

7 Art. 307 y ss. de la Constitución de 1997 de la República Oriental del Uruguay.

8 Art. 108 de la Constitución Argentina.

9 Art. 102 inc. I de la Constitución de Brasil.

10 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. 4° ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, p. 33.

Notas

11 Cfr. Vergara Blanco, Alejandro, en el "Editorial" de la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30 n° 3, Santiago, 2003, p. 428.

12 Una idea similar ha expuesto Vergara Blanco, Alejandro, op. cit., p. 429.

13 Nuestra adhesión al trialismo data de muchos años atrás y ha sido reconocida por el propio creador de esta escuela jus-filosófica, véase: Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, ps. 36 y 400, 4° ed., Depalma, ps. 31 y 38, Buenos Aires, 1973. En esta obra (p. 383), el maestro Goldschmidt transcribe unas palabras que escribimos en nuestro primer libro referidas a nuestra postura en cuanto "la adhesión a la teoría trialista del mundo jurídico, sobre la base de un jus-naturalismo actualizado, posibilita el hallazgo de justas soluciones con fundamento jurídico-científico, eliminando del derecho natural aquellos enfoques idealistas y racionalistas que hicieron su desprestigio al reconocer que bajo la superficie del fenómeno jurídico anidan elementos de diversa índole como norma, conducta y valor" (cfr. Cassagne, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 9).

14 Sesín, Domingo, "La materia contencioso administrativa en Córdoba", en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo – I*, ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 178.

15 Vanossi, Jorge Reynaldo, *La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder*, comunicación efectuada por dicho autor en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y publicada en Separata de la Revista La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 35.

16 Un estudio exhaustivo sobre la teoría se encuentra en el trabajo de Jorge Tristán Bosch, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1944, p. 35 y ss.

17 Gorostiaga, Norberto, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 1944, p. 71 y ss., cit. por Linares Quintana, Segundo V., Raíces hispánicas del constitucionalismo, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, p. 17 y ss.

18 Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Problemas de derecho público a comienzo de siglo*, ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 27 y ss.

19 La trascendencia del conflicto que, durante años, enfrentó a los funcionarios del Rey con los Parlamentos que ejercían funciones judiciales fue muy grande, al igual que su duración pues abarca prácticamente desde el reinado de Luis XIV hasta el de Luis XVI inclusive.

20 Tocqueville, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution, Œuvres complètes*, ed. Galimard, 2ème edition, T° II, vol. 1°, Paris, 1952, p. 123 y ss.

21 Laferrière, Edouard, *Traité de la jurisdiction administrative*, T° I, 2° ed., Paris, 1896,especialmente ps. 10 y 139.

22 Ley 16 del 24 de agosto de 1790.

23 Benoît, Francis Paul, *Le droit administratif français*, ed. Dalloz, Paris, 1968, p. 282-283, apunta que "las soluciones revolucionarias constituían un retroceso considerable con relación a las del Antiguo Régimen. La disociación operada por la Monarquía entre la Administración activa, que era susceptible de ser juzgada y los cuerpos administrativos de carácter jurisdiccional, que la juzgaban, desaparecía. En adelante, la propia Administración activa era su juez: nada ilustra mejor este estado del derecho que la misma noción de «ministro-juez»" (op. cit., p. 282, parágrafo 498).

24 Con razón, Garrido Falla anotó que "Los intereses y las situaciones individuales son, en si mismos respetables y su sacrificio ante las exigencias del interés general sólo puede producirse dentro del marco de la legalidad. En definitiva, aquí se encuentra la radical diferencia entre el Estado de Derecho subjetivista y las «garantías de legalidad», que a veces se establecen en los Estados totalitarios y de los cuales hemos tenido ejemplos que, afortunadamente, han pasado a ser históricos" (cfr. Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 20).

25 Fernández, Tomás Ramón, *Entre el Derecho y la Política*, ed. Abella, Madrid, 1987, p. 12.

26 Vgr. Perú (art. 20), Panamá (art. 188), Paraguay (art. 199), Argentina (art. 108) y Bolivia (art. 122).

27 Cfr. González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Mexicano*, ed. Porrúa, México, 1997, p. 49.

28 Art. 43 de la Constitución Argentina y ley 16.986.

29 Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 163 y ss.

30 Como el propio Soto Kloss lo puntualiza en un reciente artículo titulado "La responsabilidad del Estado Administración y su imprescriptibilidad en el Derecho Público", en *RAP* n° 311, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2004, p. 17 y ss. La Corte Suprema de Chile considera que la acción para reclamar la responsabilidad del Estado es prescriptible, sobre la base de la aplicación de los preceptos del Código Civil de Bello. Para nosotros, como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos, la aplicación de los textos civiles al derecho

Notas

administrativo es siempre posible mediante el procedimiento de la analogía, vid: *Derecho Administrativo*, T° I, 7° ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 206 y ss.

31 Cfr. Zeballos, Estanislao S., "Influencia de las instituciones visigodas en las argentinas", en *Revista de Derecho, Historia y Letras*, Año XVIII, Tomo LV, Buenos Aires, 1916, p. 379, con citas del "Fuero Juzgo" que, como es sabido, constituye la recopilación del "Liber iudiciorum" (principal cuerpo legal visigótico). Este trabajo de Zeballos es la reproducción de una conferencia pronunciada por el autor en el Club Español de Buenos Aires, el 12 de octubre de 1916, con motivo de la visita de Ortega y Gasset (padre e hijo), cuya trascendencia para esa época ha sido recientemente reconocida en el libro *Ortega en La Nación*, de Marta M. Campomar, ed. El elefante blanco, Buenos Aires, 2003, p. 72.

32 Bielsa, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1936, p. 126; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T° I, Buenos Aires, 1953, p. 35 y ss.

33 Linares Quintana, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, p. 23 y ss.

34 *Op. cit.*, p. 33 y ss.

35 Cfr. Rodriguez Varela, Alberto, *Génesis del constitucionalismo argentino*, JA 1962, T. VI, sección doctrina, p. 117; Seco Villalba, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1943, p. 218 y ss. y Matienzo, José Nicolás, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1921, ps. 415-416.

36 Véase: Cazor Aliste, Kamel, "La jurisdicción constitucional en Chile", en *Revista de Derecho*, número dedicado a la Justicia Constitucional, de la Universidad Austral de Chile, Volumen XII, Santiago, 2001, p. 99 y ss. Se trata obviamente de un reducto del sistema kelseniano que si bien no traduce el judicialismo puro no plantea grandes disfuncionalidades si bien su aplicación extrema puede llegar a desnaturalizar la propia concepción de la separación de poderes al debilitar los poderes del Tribunal Supremo y provocar conflictos de competencia.

37 El criterio de la revisión judicial posterior sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración se afirmó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, aunque en forma casuista, a partir del caso "Fernández Arias" (*Fallos*, 247:646).

38 Una fundada crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa ha hecho Tawil, Guido Santiago en *Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial*, ED, 125-958.

39 Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 3° ed., Little Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 481.

40 *Op. cit.*, p. 533.

41 En los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la administración y de las agencias federales, está lejos de concebirse como un sistema de control difuso, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas (APA, Sección 703); b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos "statutory revision" que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no hayan remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores (USCA, T. 28, cap. 158, sec. 2342); y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohiba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente.

42 En la Parte Primera, Capítulo II, el artículo 19 del Proyecto de Alberdi expresa que *"el derecho de defensa judicial es inviolable"*.

43 Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y afianzar la seguridad jurídica que actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena administración, establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución Nacional y de las leyes; véase Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1944, ps. 203-206; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional y Comparado*, T. V, Buenos Aires, 1953-1963, p. 355. Para Carrió, cuando aludimos a las

Notas

"formas de protección de los derechos", *"queremos aludir a la acepción restringida de la palabra 'garantía' o sea, la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele"* (Cfr. Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, 1959, p. 28).

44 Vid por todos: Linares, Juan Francisco, *La responsabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2° ed., Buenos Aires, 1970, p. 17 y ss.

45 Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, T. 2, Buenos Aires, 1969, p. 473 y ss.

46 Fallos: 247:267; Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, T. 2, ps. 499-500.

47 Artículo 1°, inc. f) de la LNPA.

48 Cfr. Fernández, Tomás Ramón, "Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor", en *Revista de Derecho Administrativo* (Argentina), N° 15/16, p. 51 y ss.

49 Canosa, Armando N., "Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", ED, 166-988.

50 Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista puede verse en la excelente tesis doctoral de Jorge Tristán Bosch, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 36 y ss. Según este autor la Constitución argentina de 1853 representa más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (op. cit., p. 45).

51 Linares, Juan Francisco, *Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal*, LL, T. 94, sec. Doctrina, p. 919 y ss., especialmente p. 926; Gordillo Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 2, Buenos Ares, 1980, p. XIX-21 y ss.

52 Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, 1965, p. 88.

53 García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2° ed., Ed. Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; Fernández, Tomás Ramón, "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso- administrativa", en *Revista de Derecho Administrativo* (1976), p. 728; Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de justicia constitucional*, RDP 16 y 17, respectivamente, Madrid, 1982-1983, ps. 39-64 y 177-201.

54 González Pérez, Jesús, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998 del 13 de julio)*, T. I, 3° ed., Madrid, 1998, p. 17.

55 Véase: Baron Alsina, Ignacio, "Mecanismos constitucionales para la impugnación de las resoluciones emanadas de la Comisión Resolutiva Antimonopolio", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n°3, Santiago, 2003, p. 451 y ss.

56 Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, p. 12, Santiago, 1982.

57 Sobre las diferentes clases de medidas cautelares y sus presupuestos véase: Gallegos Fedriani, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 119 y ss.; Comadira, Julio R., "Las medidas cautelares en el proceso administrativo", LL 1994-C-699; Soria, Daniel F., "La medida cautelar positiva en el proceso administrativo", ED ps. 1115 y ss.; y nuestro trabajo "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", LL 2001-B-1090 a 1104.

58 Vid: González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, con prólogo de Jaime Guasp, 2° ed., T° I, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 45 y ss. y en las obras posteriores; véase: *Comentarios..cit*, 2 tomos, 3° ed., Madrid, 1998, p. 15 y ss.

59 Consagrado en el art. 42 de la CN.

60 Cfr. Sagués, Nestor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, T° I, ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 106-109; Vanossi, Jorge Reynaldo, *Teoría Constitucional*, T° II, ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 354 y ss.

61 En las causas "José Chiaparrone", "Norberto J. Vázquez" y "Corina Pinedo" y otros resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 149:126; 254-437; 263:297; 308-490, etc.).

62 Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 478, Sagués, Néstor Pedro, op. cit., p. 107.

63 Art. 117 de la CN.

64 APA, Sección 703.

65 USCA, T. 28, cap. 158, sec. 2342.

66 En este último punto, como afirma Schwartz, "sería conveniente seguir los pasos del Alto tribunal inglés... que ha sentenciado que aún una fuerte cláusula de preclusión no puede impedir la revisión de las determinaciones de las agencias. La separación de poderes y el debido proceso no permiten que una agencia pueda protegerse de la revisión judicial". (Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 3° ed., Little, Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 481).

Notas

67 Actualmente, el fuero especializado en el orden federal sólo se encuentra organizado en la Capital Federal.

68 Este Seminario, organizado por la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona, se realizó el día 15 de noviembre de 2002.

69 En tal sentido, cabe recordar que Bosch sostuvo que en la realidad de nuestro sistema procesal administrativo se sustituyó un judicialismo rígido por un judicialismo atenuado (op. cit., p. 104). Al respecto, hay dos valiosos trabajos aún no publicados: Coviello, Pedro José Jorge, "¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento", en *Derecho Procesal Administrativo*, libro en Homenaje a Jesús González Pérez, Cassagne, Juan Carlos (dir.), T. I, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 241 y ss.; y Bianchi, Alberto B., "El control judicial de la Administración Pública. La llamada doctrina de la deferencia", *Derecho Procesal Administrativo*, libro en Homenaje a Jesús González Pérez, Cassagne, Juan Carlos (dir.), T. I, cit., p. 183 y ss.

70 García Pullés, Fernando R., *Acumulación de procesos o procesos de clase*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 79 y ss.

71 Un criterio amplio a favor de la intervención del Defensor del Pueblo sostiene Pérez Cortés, Maria Jeanneret de, "Las partes en el proceso administrativo en el orden nacional. La legitimación procesal", punto 5, Conferencia pronunciada en la Universidad Austral (en prensa).

72 Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, ed. Civitas, Madrid, 1994, especialmente p. 81 y ss.

73 Un buen análisis de esta problemática ha efectuado Tawil, Guido Santiago en el libro *Administración y Justicia*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, T° I, ps. 154 y ss. y T° II, ps. 170 y ss.

74 Sobre el tema puede consultarse el lúcido trabajo de Pedro Aberastury, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, con prólogo de uno de los grandes juristas como es Jorge A. Sáenz, Buenos Aires, 2001, ps. 25 y ss.

75 Perrino, Pablo E. - Tribiño, Carlos R. sostienen que, en el orden federal, a diferencia de la Provincia de Buenos Aires, tanto la regulación del fuero como las normas sobre la materia contencioso-administrativa pertenecen al resorte del legislativo (Cfr. *La justicia contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 5).

76 Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, T° I, ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 106-107, quien señala que ello constituiría una europeización de nuestro derecho administrativo. Sin perjuicio de que la influencia de los derechos europeos, últimamente del español, constituye una realidad de nuestro derecho procesal administrativo, aún frente a la inexistencia de un Código o Ley general de la jurisdicción administrativa, el vaticinio formulado hace veinte años por este autor, en el sentido de que ello provocará una disminución de los poderes de los jueces frente a la Administración, lejos de cumplirse, resulta contradicho por la evolución operada en la jurisprudencia. En efecto, hay muchos que piensan que estamos ante la situación definida como gobierno de los jueces, superior al existente en el derecho norteamericano. Sobre el gobierno de los jueces en dicho derecho puede verse el clásico trabajo de Alberto M. Justo, en LL T° 7, p. 1, sección doctrina que contiene los puntos de vista expuestos por el Profesor Jacques Lambert en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1937.

77 Vid: González Pérez, Jesús, *Hacia un Código procesal administrativo modelo para iberoamérica*, Conferencia pronunciada en las VII Jornadas Hispano Argentinas de Derecho Administrativo, llevadas a cabo en Salta (Argentina), en el mes de junio de 2004.

NUESTROS COLABORADORES

Farith Simon.- Profesor del Colegio de la Universidad San Francisco de Quito; Master en Derechos de la Infancia en la Universidad Internacional de Andalucía. Profesor invitado de la Universidad Andrés Bello de Venezuela.

Alejandro Ponce Villacís.- Profesor de Derechos Humanos en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; maestría en estudios legales internacionales de la American University, Washington D.C. Miembro de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional.

Reinaldo Botero Bedoya.- Ha sido director del Programa Presidencial de Promoción, Respeto y Garantía de los Derechos Humanos en Colombia, investigador de la Comisión Andina de Juristas, y asesor de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre otros cargos.

Jorge Vásquez.- Profesor de Introducción al Derecho Laboral y Derecho Laboral Colectivo en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, abogado en libre ejercicio profesional; autor de "Derecho Laboral Ecuatoriano".

Marta Gonzalo Quiroga.- Catedrática e investigadora española, Profesora Titular Interina de Derecho Internacional Privado, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.- El profesor Rodríguez-Arana, reputado tratadista en materia administrativa, es Catedrático de Derecho Administrativo y Presidente de la Asociación Española de Ciencias Administrativas.

Richard Ortíz Ortíz.- Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; profesor invitado de la Escuela Superior para Ciencias Administrativas de Kehl, Alemania; estudios de ciencia política, derecho público y sociología en la Universidad de Heidelberg; candidato a doctor en ciencia política.

Hernán Salgado Pesantes.- El profesor Salgado ha sido catedrático de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Decano, ex Magistrado del Tribunal Constitucional y ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Sebastián Albuja.- Abogado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; en la actualidad está trabajando en la obtención de su PH.D en Boston, como becario Fullbright.

Fernando de Trazegnies.- Profesor Principal del la Pontificia Universidad Católica del Perú, Miembro de Número de la Academia Nacional de la Historia (Perú), Miembro del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Miembro correspondiente de la Real Academia de la Historia (España), Miembro correspondiente de la Academia Nacional de la Historia (Argentina), Miembro correspondiente del Instituto de Investigaciones en Historia del Derecho (Argentina).

Juan Carlos Cassagne.- Reconocido tratadista internacional, profesor de la Universidad de Buenos Aires, director de la Revista de Derecho Administrativo, miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado, entre otras distinciones académicas.