

IURIS DICTIO
Antología
de Artículos

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Iuris Dictio

Del Colegio de Jurisprudencia
de la

Universidad San Francisco de Quito.

Quito-Ecuador.

Año 12 # 14

Editor:

Diego Pérez Ordóñez

Consejo Editorial:

Fabián Corral B.

Luis Parraguez R.

Farith Simon C.

IURIS DICTIO

	Pág.
Del Derecho de Pernada al Internet	
Fernando de Trazegnies Granda.....	9
Una Aproximación al Conflicto de Interés en el Código Civil Chileno	
Ricardo Reveco Urzúa	21
Las Dimensiones Éticas de lo Público	
Fabián Corral Burbano de Lara	53
Foucault y la nueva filosofía del poder	
Jorge Luis Gómez R.....	67
Sobre Libertad, Liberales y Libertarios: Distinciones entre el Liberalismo Clásico y el Libertarianismo Contemporáneo	
Sebastián Albuja.....	77
Un Trayecto de más de 170 Años: La Libertad de Expresión en la Constitución Ecuatoriana	
Marena Briones Velasteguí	87
El Inicio del Proceso Constituyente en Ecuador en 2007 y las Lecciones de la Experiencia Venezolana de 1999	
Allan R. Brewer-Carías.....	109
El Constitucionalismo Ambiental en la Nueva Constitución de Ecuador. Un Reto a la Tradición Constitucional	
Luis Fernando Macías Gómez	151

Nuevas Instituciones del Código de Procedimiento Penal: el Papel del Juez	
Edmundo Durán Díaz	169
La Nueva Administración de Justicia en el Código de la Niñez y Adolescencia	
Farith Simon C	181
El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones	
Álvaro Galindo	95
El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana	
Juan Manuel Marchán	203
Teoría de la Seguridad Jurídica	
Jorge Zavala Egas	217

EDITORIAL

En este número, el décimo cuarto, *Iuris Dictio* ha rescatado varios artículos contenidos en ediciones anteriores que, por su nivel de aporte a la doctrina, merecen una nueva publicación. El criterio de selección de los trabajos publicados ha sido su trascendencia teórica, es decir, el análisis académico más allá de la pura norma jurídica. De su letra.

Esta aproximación al análisis del Derecho concuerda con la filosofía del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito: en nuestras aulas se discute, se considera y se enseña el Derecho sobre la base del diálogo, del cuestionamiento y de la reflexión. El Derecho, además, se aprende y se enseña en conexión con otras ciencias y disciplinas: nos gusta que nuestros alumnos se interesen por la literatura, por la música, por el cine e incluso por la física y la química. Preferimos, además, que los alumnos alcen la mano con frecuencia, que debatan, que sean examinadores ante lo aparentemente evidente, que diseccionen los dogmas, que nunca estén satisfechos.

También preferimos profesores que aviven el interés de sus alumnos por las ciencias jurídicas, que los inviten al diálogo y no a las clases magistrales, que fomenten la pasión por la lectura inteligente, por el análisis agudo, por el trabajo cumplido y responsable. Y, a su vez, profesores que investiguen y escriban, que estén a la vanguardia del pensamiento jurídico y que sean dínamos del conocimiento.

Pensamos que los artículos reproducidos una vez más- en una especie de antología- en este número, responden a esa filosofía.

El editor.

Del derecho de pernada al Internet

La desmaterialización del Derecho

Fernando de Trazegnies Granda

I. INTRODUCCIÓN

En los conventos de la Edad Media, se acostumbraba designar a un miembro de la comunidad para que a la hora de la cena entretuviera a los demás monjes con lecturas espirituales. Estas charlas de refectorio tenían una doble finalidad. De un lado, permitían aprovechar el tiempo y no perder ni aun el momento de satisfacción de las bajas necesidades materiales para proseguir en la tarea de la edificación del alma. Por otro lado, la lectura apartaba a los monjes de los sabores y olores que ascendían desde la mesa y así evitaba que éstos incurrieran en la tentación de la sensualidad culinaria.

Hoy me siento muy incómodo entre ustedes porque tengo la impresión de que estoy en la situación de ese monje aguafiestas, que ha sido llamado para frustrarles con abstractos discursos los placeres materiales -pero no por ello menos legítimos- de un buen almuerzo.

Pero como en este gran teatro del mundo a cada uno le corresponde desempeñar el papel que le ha sido asignado, no me queda más remedio que proponerles un tema de reflexión.

El pintor belga Magritte hizo un hermoso y preciso cuadro en el que solamente aparecía una impecable pipa. Pero agregó debajo de ella la frase: "Esta no es una pipa". Y efectivamente no era una pipa: era la imagen de una pipa. Lo mismo podríamos decir hoy de muchas cosas y, en particular, del Derecho. Muchas de las instituciones y procedimientos que utilizamos los juristas contemporáneos han perdido su materialidad: ya no son una cosa sino la representación de una cosa. Por eso, he pensado que podríamos conversar sobre la desmaterialización del Derecho.

¿Qué significa esta expresión que suena muy abstracta? ¿Qué es lo que quiero decir cuando hablo de una desmaterialización del derecho? En realidad, el concepto se va a ir mostrando más claramente durante el desarrollo de esta exposición. Pero me gustaría desde el inicio presentarles una aproximación, incluso un tanto brutal, al tema que quiero tocar.

Regresemos por unos instantes nuevamente a la Edad Media. En esa época fascinante y aterradora, el señor feudal tenía el derecho de gozar de la primera relación sexual con cada mujer de sus dominios. En consecuencia, la noche anterior a la boda, todo novio debía llevar a su futura esposa a la cama del señor. Este era un

derecho absolutamente material, un derecho sobre el cuerpo mismo, un derecho tangible en el sentido más literal del término. Sin embargo, pronto ese derecho inició, ya en la propia Edad Media, un proceso de desmaterialización, tanto debido a la reprobación de la Iglesia como a cambios en las costumbres. Paulatinamente, el derecho de pasar la noche con la joven virgen y gozar físicamente de su cuerpo fue ejercitado bajo la forma emblemática de que el señor pusiera solamente una pierna sobre el lecho de la novia. De ahí que ahora conozcamos esa institución feudal con el nombre de derecho de pernada. Como podemos ver, ese derecho que tenía originalmente una substancialidad material pasó a convertirse en un mero gesto simbólico, en un emblema abstracto del señorío sin ninguna participación de los sentidos. Para utilizar palabras hoy de moda, podríamos decir que, al pasar a ser pernada, el derecho al sexo material se convirtió en una forma jurídica de sexo virtual.

Este proceso de desmaterialización, como lo veremos a continuación, ha afectado en general a todo el Derecho y se ha ido profundizando a medida que avanzaba la modernidad; al punto que la práctica y el orden jurídico contemporáneos en gran parte están contruidos sobre la base de símbolos y emblemas, de representaciones, de sombras, de situaciones meramente delineadas que, sin embargo, son tan fuertes o más fuertes que las realidades tangibles.

II. LA DESMATERIALIZACIÓN MODERNA DEL DERECHO

1. Materialismo y desmaterialización.

Hablar de desmaterialización en el mundo moderno puede parecer un tanto paradójico porque estamos acostumbrados a oír que la modernidad ha acentuado el materialismo y que, consecuentemente, vivimos en un mundo que es calificado como materialista. La Iglesia nos lo ha dicho con censura en repetidas oportunidades. Nos lo han dicho con nostalgia los sectores sociales tradicionales que lamentan la substitución de los valores y jerarquías aristocráticas por aquellos derivados del dinero y el comercio. También algunos movimientos políticos reformistas o revolucionarios han insistido en la condena al materialismo capitalista. Ciertos espiritualismos de fuente diversa han expresado con acritud su preocupación por el hecho de que el materialismo prima en nuestras vidas de hombres modernos. Y algunos de ellos, convertidos en fundamentalistas, han proclamado airadamente la guerra santa contra el materialismo actual.

Pero, ¿qué significa esta afirmación de que el mundo de hoy es materialista? ¿Cómo se compatibiliza con el planteamiento que quiero hacerles de que el Derecho se encuentra en proceso de desmaterialización?

En realidad, el materialismo puede ser entendido de muchas maneras; por eso, la afirmación de que el mundo actual es materialista tiene también múltiples significados. Para unos, el materialismo implica una primacía de lo económico sobre lo moral, una atención prioritaria a las formas de producción de bienes materiales sin tener en cuenta las exigencias axiológicas, sin prestar atención a los valores, particularmente aquellos, como la espiritualidad, la justicia y la

caridad, aportados por el cristianismo. Para otros, el materialismo está constituido por el predominio de la sociedad burguesa sobre la aristocrática, con su acento en la obtención sistemática de bienes materiales antes que en la búsqueda de la gloria o en el respeto de la tradición. Por su parte, las tendencias políticas de izquierda, si bien otorgan la máxima importancia a la economía y a la producción de bienes materiales, utilizan un cierto concepto de materialismo para denunciar las desigualdades en la distribución de esos bienes. Por su lado, los espiritualismos critican al materialismo por quedarse en la parte exterior de las cosas, lo que lleva a cegar los espíritus, frustrándoles su capacidad natural de percibir realidades interiores más sutiles y elevadas.

Para los efectos de la reflexión que quiero llevar a cabo en esta exposición, voy a utilizar los términos materialismo y material en un sentido bastante más simple, más pragmático, casi de diccionario. Así, dentro de este orden de ideas, lo material es aquello que constituye el cuerpo de las cosas, es la parte de la realidad percibida por los sentidos, que tiene un lugar en el espacio y en el tiempo y que se manifiesta a través de un cierto comportamiento físico.

De esta forma, lo material se opone a lo formal, se opone a lo representativo y también a los productos de una racionalidad descarnada. Quizá podríamos decir más directamente, hablando en el lenguaje de moda, que lo material se opone a lo virtual. Sin embargo, esta afirmación sólo puede hacerse con una previa aclaración. Lo virtual ha sido siempre -filosóficamente hablando- algo que tenía una posibilidad de realidad, pero que todavía no estaba actualizado. De alguna manera, dentro de la acepción tradicional, lo virtual era algo que es y no es; o, quizá mejor, era algo que tenía el ser de poder ser pero todavía no era: lo virtual era lo que la filosofía llamaba la potencia. En cambio, con el desarrollo de la computadora y de las comunicaciones electrónicas, la palabra "virtual" ha tomado más bien la connotación de inmaterial: no es algo que debe ser actualizado sino algo que ya es actual, pero que ha sido actualizado relativamente fuera del dominio de lo material, de lo físico.

El camino de la desmaterialización de la sociedad y, consecuentemente del Derecho, se inicia hace mucho tiempo atrás. Y, paradójicamente, quizá el primer hito de ese camino es la invención de un elemento que usualmente caracteriza al materialismo: el dinero.

El dinero es un bien que no es un bien, es decir, es un bien que no tiene ninguna utilidad propia, que no nos da ninguna satisfacción por sí mismo, sino que simplemente nos coloca en la posibilidad de tener todo tipo de satisfacciones. Podríamos decir que el dinero es un bien de satisfacción virtual.

Por consiguiente, el dinero no es una cosa sino un símbolo, una representación de cosas que no están prefiguradas en la naturaleza del dinero mismo, una forma abstracta de acceder por su intermedio a cosas concretas. Por eso, el dinero puede ser un pedazo de metal o un pedazo de papel. Poco importa, porque lo que cuenta no es su materialidad sino su poder evocador. Por consiguiente, cuando las relaciones económicas entre los hombres se monetizan, el valor sensorial de uso

cede en importancia ante el valor simbólico de cambio; y así lo virtual pasa a jugar un papel más activo que lo material.

2. **El Derecho desmaterializado.**

Este fenómeno de desmaterialización afecta todas las formas sociales. Y, ciertamente, el Derecho no podía quedar inmune. Si tenemos en cuenta que el Derecho es una de las formas más determinantes de la organización social, no cabe duda de que las nuevas orientaciones en las relaciones entre los hombres producen inmediatamente efectos tanto en la concepción del Derecho como en sus técnicas. Y este proceso de desmaterialización del Derecho se ha venido produciendo desde tiempos antiguos, cobró una gran importancia con la modernidad y se ha vuelto decisivo en las últimas décadas.

Es interesante realizar si no un inventario, cuando menos un muestrario de estas desmaterializaciones en el Derecho moderno.

a. **Las personas.**

Podemos comenzar con las personas, ya que son las protagonistas de la acción jurídica.

Como es sabido, los romanos entendían el Derecho como la ciencia de lo justo y de lo injusto basada en la *rerum notitia*, según frase de Ulpiano. Esta *rerum notitia* implicaba que había que atender a las cosas como son, sin caer en la tentación de operar dentro de un paraíso conceptual. Y, desde esta perspectiva asumida en forma restringida, el Derecho romano construyó la noción de persona sobre la base del hombre real, de la persona natural. En cambio, si bien reconoció la existencia de personas jurídicas con personalidad independiente, les dio muy poca importancia. Las fuentes casi no se ocupan de ellas y todo indica que tuvieron una mayor vigencia en lo que hoy llamaríamos el "Derecho Público": entre las corporaciones o *universitates* (palabra que viene de universalidad de patrimonio) se encontraba en primer lugar el Estado romano, luego los municipios y, por último, las asociaciones (llamadas también *collegia* o *sodalitates*) que agrupaban a los gremios, las hermandades y otras instituciones con funciones casi públicas. Pero la vida civil, la actividad de todos los días, la operación propiamente dicha de la sociedad, se realizaba siempre por personas naturales en toda su corporeidad, seres de carne y hueso, perfectamente identificables y ubicables en el espacio.

La situación ha cambiado radicalmente en nuestro mundo moderno, donde la persona natural ha sido relegada a un segundo plano, tanto porque existen otros centros no materiales de derechos y obligaciones que actúan como biombos delante del hombre material llamados personas jurídicas, como también porque las funciones económicas más importantes de nuestra sociedad corresponden ahora precisamente a esos centros abstractos de imputación y no a las personas naturales.

La persona jurídica no es una persona material sino una construcción lógica. Sin embargo, piensa, decide, es propietaria, lucha contra otras personas jurídicas o

celebra alianzas para aumentar su poder. El hombre real desaparece detrás de ella porque ya sólo cuenta desde la perspectiva abstracta del voto: es simplemente una unidad en la toma de decisiones; pero lo decidido se impone en tanto que voluntad de la sociedad sobre todos y cada uno de los miembros que la integran. En consecuencia, el hombre material ha pasado a formar parte de un todo constituido por un sistema inmaterial; y ese sistema prima sobre sus partes individualmente consideradas.

Aún más. La relación entre la persona natural y la persona jurídica se hace cada vez menos directa y transparente: una multitud de abstracciones tejen una red desmaterializada entre el hombre de carne y hueso y la sociedad. En la mayor parte de los casos de personas jurídicas significativas, los accionistas no son personas naturales sino otras personas jurídicas que a su vez pertenecen a otras personas jurídicas y éstas a otras, constituyendo una maraña de irrealidades que, sin embargo, tienen una realidad mayor que la material. Rastrear la presencia de los hombres naturales detrás de esas contrucciones de espejos, resulta difícil aún para un experto genealogista. Dentro de ese mundo de corporaciones, el hombre individual, la persona natural, se encuentra tan empequeñecido que cuenta muy poco. De ahí que se diga actualmente que las grandes corporaciones no pertenecen a sus accionistas sino a sus ejecutivos. Pero, si bien es exacto que los accionistas por sí mismos son incapaces de dirigir estas sociedades gigantescas, no es cierto tampoco que los ejecutivos y funcionarios de ellas tengan una capacidad total de manejo. En el fondo, las sociedades no pertenecen a esos ejecutivos y funcionarios sino que éstos pertenecen a la sociedad; y, finalmente, los criterios colectivos, que sobrepasan abrumadoramente las posibilidades tanto del funcionario como del accionista, se imponen en forma impersonal.

Claro está que todavía los hombres reales tienen una presencia en la vida del Derecho. Todavía son los hombres quienes contraen matrimonio, quienes tienen hijos, quienes se mueren y quienes heredan. ¡Menos mal! Pero no puede ocultársenos que esa presencia es muy marginada y que la sociedad se encuentra conducida por las corporaciones. Casi podríamos decir que en nuestro mundo de fines del S. XX, el hombre natural sólo tiene vigencia en el espacio reducido de la intimidad del hogar.

b. Las cosas.

Y, ¿qué sucede con las cosas? Las cosas constituyen por excelencia el reino de la materialidad. Las cosas son aquellos objetos físicos que el Derecho considera como un "bien", es decir, como algo que puede tener un valor digno de ser protegido. Es por eso que, en la antigüedad, cada vez que se planteaba la cuestión de saber cuál era el objeto de la propiedad, se abría paso la cosa en toda su materialidad, como modelo de aquello que puede ser propio.

Si regresamos nuevamente al Derecho romano, observaremos que ahí las cosas tenían una corporeidad definida: eran aquellos objetos tangibles, es decir, perceptibles por los sentidos, que requerían un espacio donde ubicarlos y que no podían ser desdoblados imaginativamente porque cada cosa era, para decirlo de manera perogrullesca, una cosa. Por eso también es que los romanos consideraban que sobre cada cosa no podía haber sino un propietario: la copropiedad, si bien era

admitida en algunos casos no sin cierta repugnancia conceptual, constituía para el Derecho romano una suerte de monstruo jurídico porque perdía el contacto físico con la cosa material y le daba calidad de objeto del Derecho a unas cuotas ideales, causando muchas perturbaciones en la relación real entre la persona natural y la cosa material.

Por todo ello es que la organización que el Derecho romano da a la propiedad, apunta siempre a lo concreto, a las cosas en su verdadera realidad material. La propiedad romana se refiere a las tierras y a las fincas, a los elefantes y otros cuadrúpedos que se doman por el cuello, a las ramas de los árboles, a los vuelos de los muros, a las sepulturas, al oro y la plata, al rebaño y a las cosechas, a las carrozas con sus caballos. Solamente por excepción se habla de derechos reales sobre cosas incorpóreas, como en el caso de la servidumbre o del uso; pero aun entonces, esa incorporeidad se resuelve en última instancia en una materialidad que constituye su sustento de realidad.

Esta concepción material de la propiedad está presente todavía en la mentalidad de los juristas del siglo pasado y de comienzos del presente siglo. Planiol y Ripert, en su célebre Tratado de Derecho Civil, todavía sostienen que el objeto de la propiedad es una cosa corporal y que no es propio aplicar este concepto a derechos incorpóreos. Y Colin y Capitant, reconociendo que ya comienza a hablarse de propiedades abstractas, indican que sólo metafóricamente puede admitirse una expresión como "propiedad intelectual".

Porque la idea central de esa propiedad clásica es que está referida a la tierra, a la casa, al ganado, a los granos, a los objetos producidos en el taller. Quizá hasta bastante entrada la modernidad, la sociedad tenía todavía un carácter fundamentalmente agrícola y la propiedad era tratada por el Derecho con esa concreción y ese apego a la naturaleza que tiene el hombre de campo en su encuentro con el mundo que lo rodea. El Derecho Civil tradicional pretende organizar legalmente un paisaje bucólico, con tierras amenas, ríos, montes, frutos, animales que tienen crías, instrumentos de labranza.

Notemos que nuestras leyes actuales cultivan una cierta nostalgia de esas épocas. El Código Civil peruano legisla todavía sobre las piedras, las conchas u otras cosas análogas que se hallen en la orilla del mar, como las que podemos encontrar en un caluroso día de playa. Y se refiere también a los animales de cacería, anotando con ingenioso razonamiento que pertenecen al cazador aun cuando éste sólo los haya herido, siempre que después los persiga sin interrupción. Igualmente, nuestro Código tiene particular preocupación por las cosechas, por las siembras con semillas ajenas y por las porciones de tierra de cultivo que el río pueda arrancar de un predio y depositar en otro.

Es posible que alguna vez se presente una ardua discusión jurídica por algunas conchas encontradas en la playa; o que dos cazadores discutan sobre cuán intensamente uno de ellos persiguió a la presa herida para determinar la propiedad del animal muerto. Pero no cabe duda de que todos estos temas, tan concretos, tan ingenuamente materiales, no constituyen aspectos decisivos de la vida moderna. Y es que esa convivencia en amorosa intimidad con la naturaleza ha sido sobrepasada

ya en el siglo anterior por la civilización industrial. Y en este siglo, incluso ese mundo industrial está siendo superado por el mundo de los símbolos y de los sueños.

En nuestra época, el reino de la materialidad ha sido subvertido por bienes más sutiles e incorpóreos. Cada vez que nos preguntamos ahora sobre la propiedad, la cosa material lejos de imponerse como lo hacía antes, se esconde, se evapora; cada vez que intentamos coger la cosa se nos escapa entre los dedos.

Este hecho puede ser comprobado a propósito de cualquier aspecto de nuestra vida cotidiana. Hemos hablado del dinero como una desmaterialización del valor. Pero a su vez, ese bien incorpóreo y solamente simbolizado por el metal o el papel, se vuelve cada vez menos aprehensible físicamente si tenemos en cuenta que las representaciones materiales de ese bien inmaterial pierden a su vez corporeidad. En la práctica, vemos que el dinero constituido por la moneda, por los billetes, es utilizado únicamente para las transacciones microscópicas que tienen lugar con relación a los aspectos más ordinarios de la vida en sociedad. Pero esa "cosa" llamada dinero no existe como cosa en todas las operaciones importantes de la economía. El cheque y la letra de cambio han sustituido al dinero en gran parte de los casos. Y la anotación en cuenta corriente constituye una forma todavía menos material de pago. Si agregamos que las instrucciones para realizar tal anotación pueden ser impartidas mediante una comunicación electrónica a través de Internet, la poca materialidad que tenía la moneda metálica o el papel moneda, queda así reducida a cero.

En verdad, ¡qué lejos está la propiedad moderna de esa propiedad que era organizada jurídicamente por el Code Napoléon! Hoy en día ya no sabemos bien lo que es una cosa. ¿Podemos decir, por ejemplo, que la electricidad es una "cosa"? ¿Y el know-how, lo es? Hablamos hoy de propiedad de turnos, en donde lo que cuenta no es la cosa sino el tiempo; hablamos de propiedad de frecuencias, que son meras vibraciones; hablamos de propiedad de derechos de conexión, de propiedad del empleo, de propiedad de un cierto mercado. Estoy seguro que todo ello habría puesto absolutamente nerviosos a Marcel Planiol y a Georges Ripert, para no hablar de los civilistas franceses del S. XIX.

Notemos cómo estas propiedades contemporáneas desconocen las bases más elementales del antiguo derecho de propiedad, fundado en el carácter material de la cosa. Uno de los principios básicos de la propiedad clásica es que la cosa es siempre una sola. Esto significa que pueden establecerse cuotas partes sobre ella pero no puede decirse que una cosa son dos cosas, ya que ello sería una contradicción. De ahí que la propiedad sea siempre exclusiva: el derecho de propiedad puede ser compartido pero no pueden haber dos derechos de propiedad diferentes con relación al mismo objeto físico.

Pero sucede que en la propiedad intelectual, una misma cosa da lugar a dos propiedades diferentes. Una pintura es de propiedad de quien la ha comprado. Pero, a su vez, el pintor retiene un derecho de propiedad, como autor de ella, llamado moral, que le permite oponerse a que le agreguen bigotes a la imagen que ha pintado, que la presenten como si la hubiera pintado otro o que la usen en una forma denigrante. En consecuencia, sobre un mismo objeto existen dos

propietarios, con sus respectivos derechos de uso y de señorío sobre la cosa. Pero no son condóminos, no tiene cada uno una cuota ideal, sino que cada uno es totalmente propietario desde un cierto punto de vista. La solución de este aparente dilema consiste en que una misma cosa se convierte en dos cosas para los efectos del Derecho: la cosa "moral o aural" y la cosa "patrimonial"; de manera que pueden haber dos propiedades que, si bien se dirigen al mismo objeto físico, tienen como base dos cosas distintas, una material y la otra inmaterial.

Esta suerte de esquizofrenia jurídica llega al paroxismo cuando se trata de bienes que forman parte del patrimonio cultural de la Nación. En ese caso, si una obra de factura contemporánea es declarada de valor cultural, encontramos tres derechos con relación al mismo objeto: el del propietario del bien físico, el del autor o sus herederos y el de la Nación.

c. Los contratos

El mismo proceso de desmaterialización ha marcado la contratación moderna.

Tanto la contratación romana como la medieval estaban basadas en el cumplimiento de ciertas formalidades materiales. En otras palabras, de manera general, la forma no era simplemente *ad probationem* sino *ad solemnitatem*.

En el Derecho romano, los contratos podían perfeccionarse sea mediante el pronunciamiento de ciertas palabras, sea mediante la entrega de la cosa. Como puede verse, en ambos casos se trata de formalidades materiales, sometidas a comprobación por los sentidos. Estas formalidades eran muy rigurosas y, por ejemplo, la más pequeña equivocación de las partes al pronunciar las fórmulas solemnes constitutivas del acto, daba lugar a que éste se entendiera como no realizado. Cuando se trataba de entregar un bien, la toma de posesión por el adquirente solamente se entendía efectuada cuando esa persona recibía el bien físicamente. Es perfectamente conocido y no necesito abundar en el tema, que en Derecho romano la posesión tenía que adquirirse *corpore et animo*, es decir, por el cuerpo y por la intención. Esta corporalidad del derecho exigía que el adquirente recibiera en la mano la cosa si se trataba de un mueble o que pusiera el pie en ella si se trataba de un inmueble. En épocas más antiguas se exigió incluso que el nuevo poseedor se revolcara en el suelo y que rompiera ramas de los arbustos que en adelante quedaban bajo su arbitrio. En el Perú virreynal del S. XVIII todavía se practicaba la diligencia de toma de posesión recorriendo los linderos en todo el perímetro del fundo en presencia de notario y testigos, mientras se gritaba "¡Posesión, posesión!".

En el Derecho medieval anglosajón, el indenture era un contrato que se celebraba por duplicado en una misma hoja de papel. Luego se partía en dos esa hoja, de manera que quedaba con los dientes e irregularidades propios de la rotura. Para darle fuerza legal al contrato era necesario poner los dos ejemplares lado a lado y ver si efectivamente la desgarradura de uno coincidía con la del otro.

Todo esto nos parece exótico porque se nos ha hecho perfectamente natural que los contratos se perfeccionen al margen de una materialidad pre-establecida, mediante el simple acuerdo de las partes. Nuestras leyes ya no exigen el pronunciamiento

de fórmulas rituales ni la confección de documentos especiales; salvo raras excepciones, las formalidades previstas por la ley tienen un carácter *ad probationem* y no *ad solemnitatem*. Un contrato puede cerrarse con una palabra, con un gesto, con una señal electrónica; ni siquiera se requiere que la voluntad sea simultánea ni que las partes estén físicamente una frente a la otra. Todos los aspectos materiales, corpóreos, han perdido su carácter de condición del acto y ahora sólo cuenta la inmaterialidad de la concordancia lógica entre la intención de los contratantes.

Y si nos preguntamos por las garantías, encontraremos la misma evolución. Entre los métodos más antiguos de contraer deudas está la prenda de sí mismo, por la cual el deudor se obligaba a permanecer como esclavo del acreedor hasta que pudiera hacerle el pago: el cuerpo del deudor era la garantía de la obligación. Posteriormente y hasta hace pocos años, si bien se había suprimido esa garantía bárbara, era todavía condición fundamental para la existencia de la prenda que el bien pignorado se entregara físicamente al deudor o a un tercero. Hoy se habla de la posibilidad de que la entrega sea física o jurídica; y, ciertamente, la entrega jurídica simplemente consiste en no entregar el bien sino en retenerlo. Por consiguiente, incluso la entrega -que usualmente implica un desplazamiento físico en el espacio- ha sido igualmente desmaterializada.

d. La responsabilidad.

En el campo de la responsabilidad, los juristas romanos optaron también por la materialidad. Es por ello que, con esa precisión, esa economía de palabras y esa elegancia que ostenta el latín, la *lex Aquilia* establece que el daño reparable se produce *corpore corpori*, esto es, “por el cuerpo y al cuerpo”. En consecuencia, el daño -para ser reparable por intermedio del Derecho- tiene que haber sido producido físicamente y haber causado a su vez daños físicos. Los daños que no tienen materialidad y que, por tanto, carecen de expresión económica, no son reparables.

En el Derecho moderno, el concepto de daño ha sido ampliado de manera que ya no se requiere que sea causado materialmente ni tampoco, en ciertos casos, que se haya producido mediante un acto material. Si bien el llamado “daño moral” del Derecho actual no es muchas veces sino una forma de disimular el pago de una reparación por daños materiales que no pueden ser probados al detalle, es verdad también que una corriente doctrinaria propone indemnizar aspectos tan inmateriales e incorpóreos como la frustración del plan de vida de una persona, la imposibilitación de lograr ciertos objetivos y otros conceptos análogos que, en tanto que daños, no se apoyan en una *substantia física*. Igualmente, el Derecho actual reconoce la posibilidad de causar daños sin tocar el cuerpo de la persona, sin que intervenga ningún hecho material: la injuria, la calumnia -que en tiempos de Roma eran sancionadas punitivamente- ahora son configuradas como daños civilmente reparables aunque el causante no haya tenido contacto físico alguno con la víctima a través de ningún medio material.

III. VENTAJAS Y PELIGROS DE LA DESMATERIALIZACIÓN

No cabe la menor duda de que este proceso de pérdida de la materialidad ha dado una gran soltura, una gran agilidad a la contratación y, en general, a la organización de la vida moderna. Las formalidades materiales constituían una carga pesada que hacía muy torpe la operación del Derecho. En cambio, lo que hemos llamado desmaterialización permite estar a tono con este mundo en el que vivimos, donde lo virtual tiene un papel tan importante.

Por otra parte, el reconocimiento de aspectos inmateriales que pueden y deben ser tutelados por el Derecho enriquece sin duda el universo de los bienes jurídicos. No podríamos vivir en un mundo con el nuestro si el Derecho no admitiera la realidad de la existencia de acciones de sociedades, derechos de autor, daños producidos por la competencia desleal y un gran número de otros elementos indispensables de la vida social contemporánea.

Sin embargo, no cabe duda de que este proceso despierta también preocupaciones y recelos cuando se advierte que lo virtual se extiende a la sociedad toda y comienza a superar lo real. En este caso, la desmaterialización puede ir acompañada de una despersonalización y de una desensualización que, en vez de facilitar la vida, podrían terminar empobreciéndola.

Notemos cómo una sociedad que nació bajo las banderas del individualismo y del liberalismo, ha empezado a dejar de tomar en cuenta al individuo. La producción no atiende a ninguna persona concreta, como lo hacía el antiguo artesano zapatero que hubiera considerado imposible hacer un zapato sin tomar las medidas del pie del cliente. Ahora se calcula, se programa, se prevén las necesidades atendibles sobre la base de la idea del consumidor abstracto, sobre la base de un prototipo del comprador. Las empresas investigan a sus clientes no en términos de hombres reales con nombre y apellido, con gustos y medidas específicos, sino como promedios: el consumidor medio es el héroe del mercado pero, al mismo tiempo, es un ser inexistente.

Por otra parte, el marketing y la publicidad -que en principio nacen para poner en contacto al productor con el hombre- abandonan ahora al hombre real y se dedican a inventar hombres virtuales, hombres que nunca han existido: el intermediario entre dos realidades se ha convertido en un destructor de la realidad y un promotor de mundos de ensueño que sabemos que no tienen realidad presente ni futura pero cuya mentira crea una verdad irreal que permite una mayor venta de ciertos productos. Basta con encender la televisión o con mirar los anuncios publicitarios en las calles para topamos con tipos humanos inventados, casi caricaturas, que, sin embargo, tienden a convertirse en prototipos o modelos de la realidad.

Este mismo proceso lleva a una transformación de los roles de los diferentes sectores de la actividad, de manera que en muchos casos los servicios superan a las actividades productivas en cifras de venta y pasan a ocupar el primer lugar de la dinámica económica. Curiosamente, en un mundo acusado -probablemente con razón- de materialista, los mejores negocios no se hacen vendiendo bienes destinados a satisfacer los apetitos materiales y las necesidades individuales efectivas, sino alimentando sueños e ilusiones. Es sintomático que Disneyworld

tenga una cifra de negocios que excede largamente al presupuesto de algunos Estados sudamericanos: la manipulación de símbolos y de ensueños, está en camino de ser extraordinariamente más rentable que la fabricación de cosas materiales.

No es un secreto para nadie que el negocio del turismo tiene mucho más de fantasía y de irrealidad que de verdadera satisfacción personal: los afiches turísticos son más sugestivos que la realidad ofrecida; y, a su vez, para gozar de esa realidad ofrecida, una vez en el sitio tenemos que asumir una perspectiva de afiche. Cuántas veces hemos llegado a un lugar publicitado y hemos pensado que la fotografía era más linda que la escena en la que ahora podemos participar directamente. E incluso si viajamos con una cámara fotográfica, buscamos el ángulo desde el cual se han tomado las fotografías publicitarias para hacer una igual y luego disfrutar con ella al regreso a casa como si fuera el verdadero recuerdo de un lugar que quizá era diferente. Conscientes de esta necesidad de virtualidad, algunos lugares turísticos tienen la gentileza de marcar con una señal esas “esquinas de la foto” que reemplazarán en nuestra memoria a la complejidad del conjunto de nuestras sensaciones e impresiones.

De esta manera, el mundo virtual de fines del S. XX corre el riesgo de vivir del sueño y en el sueño. Y la situación es aún más grave si esa virtualidad se asocia con una racionalidad fría y crea un programa de vida en común que excluye lo sensual, lo irracional, lo caótico, lo material, con la idea de instalar una organización perfectamente tecnocrática en la que no haya conflictos, oposiciones ni discrepancias y en la que, bajo una apariencia democrática, vivamos un totalitarismo que se funda no en el Partido ni en la ideología sino en una razón desmaterializada e institucionalizada.

Los abogados -y me refiero a quienes practicamos el Derecho- podemos y debemos contribuir a la construcción del mundo del S. XXI aportando una perspectiva de saludable conflicto. Porque nuestra profesión nos lleva a relacionarnos no con entelequias sino con hombres reales, con personas que poseen cuerpos, pasiones, intereses y que, precisamente, por ello, entran en conflicto unos con otros, pretenden superarse unos a otros. El papel del abogado no es suprimir los conflictos sino organizarlos; no es domar los intereses individuales hasta que desaparezcan, sino combinarlos para que esa competencia entre ellos y ese conflicto natural que ellos despiertan, sea productivo. Nada está más lejos del abogado que la mentalidad del frío planificador que mira el mundo desde lo alto; nosotros miramos el mundo desde tierra, desde la perspectiva de nuestros clientes que actúan en el corazón de la batalla social.

Es por ello que los abogados no creemos que la sociedad se ordena desde arriba, cubriendo los conflictos con una manta para ocultarlos y apagarlos. No creemos que el Derecho sea simplemente una expresión del poder político que se impone sobre los miembros de la sociedad civil para darles un orden conforme a un modelo pre-establecido. La vida en común no puede ser una creación del Estado sino el producto de la actividad conflictiva, desordenada pero vital, de los particulares; el producto de múltiples relaciones a nivel de la sociedad civil que cada individuo libre va creando en todos los sentidos. Estos encuentros múltiples y de todo tipo van agregándose y forman una tela que constantemente es tejida por el Derecho,

destejida por la vitalidad disociante de los actores sociales y vuelta a tejer por la actividad de los abogados.

Espero, apreciados colegas, que estas reflexiones de refectorio no hayan tenido el ingrato efecto de convertir un almuerzo material en un almuerzo virtual. En todo caso, les agradezco mucho su paciencia en tan difíciles circunstancias

Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno

Ricardo Reveco Urzúa

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez asume mayor importancia lo que se ha venido denominando “conflicto de interés”, es decir, aquellas situaciones en las que la satisfacción del interés de uno de los sujetos de una relación obligatoria supone el sacrificio del interés del otro¹, particularmente, cuando además se infringen deberes de lealtad y se abusa de una situación de confianza.

Aún cuando el conflicto de intereses se le ha vinculado a la administración y más particularmente a la corrupción de agentes públicos, las diversas hipótesis que se regulan hoy en día no sólo dicen relación con los organismos públicos sino que también en todo ámbito de “situaciones en que aparecen en contradicción los intereses propios de un sujeto con los de otra persona a la cual aquél debe representar, defender, o al menos, respetar”².

Por ello, entonces el fenómeno del conflicto de intereses no sólo aparece en el ámbito de lo público sino que también, y cada vez con mayor vigor en las relaciones entre privados, de ahí nuestro interés en precisar el alcance de la regulación que establece el Código de Bello para resolver los conflictos de intereses.

Desde luego cabe adelantar, que al Derecho le repugna la explotación de un conflicto de interés, con infracción de estos especiales deberes de lealtad, confianza o fidelidad, pues éstos llaman a quienes tienen una posición de ventaja respecto de otro sujeto, a un abuso que las más de las veces pasa inadvertido: implican usualmente un abuso de confianza; en otros un abuso de los conocimientos técnicos y experticias de quienes los cometen; un uso desviado del poder que ostentan y sobre todo, porque implican un perjuicio para aquel en cuyo beneficio se ha establecido la regulación del conflicto de interés, es decir, derechamente se genera una

¹ Saavedra Galleguillos, Francisco, Teoría del Consentimiento, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 481.

² Jiménez B., Gonzalo, El uso ilegal de información privilegiada en el derecho chileno, Tesis de grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995, p. 7, citado por Tocornal, María de los Ángeles, Análisis y evolución de los conflictos de interés en el mercado de valores y su perspectiva desde el Derecho Comparado, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003, p. 28.

exacción de riqueza que beneficia a quien abusa y perjudica al cliente, administrado o representado.

Frente a ello, el Derecho no se queda impávido, sino que los regula: en algunos casos en forma *ex ante* establecerá estrictos deberes de cuidado, de diligencia y de lealtad, incompatibilidades y prohibiciones especiales; en otros casos, corregirá la actuación con conflicto de interés, a través del expediente de alguna sanción de ineficacia (nulidades, inoponibilidades), y en todo caso, en forma *ex post* y con el objeto de remediar los daños y las exacciones pecuniarias, establecerá la obligación de indemnizar los perjuicios provocados por quien explotó el conflicto de interés en su propio beneficio.

Podemos sostener así, que el Derecho establece normas de probidad entre los sujetos, crea procedimientos especiales para evitar que dichos conflictos se generen (artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas) y agencias estatales destinadas especialmente a su control (algunas superintendencias), como ocurre en el moderno derecho comercial y económico, pero también el derecho común entrega reglas preventivas y posteriores para impedir o hacer desaparecer los nocivos efectos que las conductas con conflictos de interés pueden generar a quienes en cuyo beneficio se encuentran establecidas.

El presente texto pretende analizar si desde la perspectiva del derecho común es posible o no, jurídicamente, establecer algún principio o principios frente a la infracción a un conflicto de interés, es decir, si existen, en las reglas que informan al derecho común contenido en el Código Civil, algunos preceptos, criterios o patrones que permitan resolver aquellos casos en que exista un conflicto de interés, y se explotó en beneficio y en desmedro del otro sujeto de la relación jurídica.

Cabe prevenir que las ideas aquí vertidas no tienen la pretensión de agotar la cuestión jurídica que se plantea, sino tan solo perfilar algunas líneas de argumentación que demuestran que algunas instituciones y ciertas regulaciones contenidas en el Código Civil chileno aplican y dan soluciones concretas teniendo como fundamentación, implícita y explícitamente en algunos casos, la existencia de un conflicto de interés, cuya explotación el Derecho rechaza.

II.- DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN GENERAL

a) DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CONFLICTO DE INTERÉS

a.1.) Conflicto de interés y derechos subjetivos

La primera delimitación conceptual que debemos realizar es la referida a la relación que existe entre derechos subjetivos y conflictos de intereses.

El derecho subjetivo implica un poder que se reconoce a sus titulares de inclinar a su favor el respectivo conflicto de intereses, afectando así los intereses de terceros. Es decir, el Derecho a través de los derechos subjetivos opta por un interés por sobre otro, el titular de dicho derecho podrá exigir que su interés prevalezca por sobre el ajeno, ya que el ordenamiento jurídico le ampara³. A veces, supondrá o implicará "que el conflicto con otros derechos exija comparar los bienes e intereses

³ Sobre el punto, Barros Bourie, Enrique, Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho. Santiago de Chile, Revista Derecho y Humanidades, 1999, N°7, p. 11-12.

en conflicto, recurriendo a los principios jurídicos reconocidos y al valor abstracto y concreto de los bienes en juego (que justifican el reconocimiento de los derechos en colisión)”⁴.

Como puede establecerse, esta relación es demasiado genérica para el objeto de este estudio, en realidad, el conflicto de intereses que pretendemos analizar es el referido en determinadas y especiales relaciones jurídicas, como quedará claro más adelante.

a.2.) Conflicto de interés y los intereses en el contrato bilateral

Como segunda idea a establecer, es que la contraposición de intereses es esencial en los *contratos bilaterales*, su estructura da cuenta de dicho fenómeno, y desde la perspectiva valorativa es positivo o beneficioso jurídica y económicamente que así ocurra, ya que le dan movilidad y dinamismo a la economía y por cierto al tráfico jurídico⁵, consecencialmente.

En los contratos bilaterales ambas partes se obligan recíprocamente (artículo 1440), su estructura se denomina *sinalagmática* en términos que supone confrontación de intereses diversos de cada una de las partes, y dicha estructura bilateral contagia a todo el iter contractual desde el nacimiento, cumplimiento y término de la relación obligatoria (a través de los expedientes de la causa del negocio (que debe ser común); de la interdependencia de las obligaciones, de la condición resolutoria tácita y sus efectos, de la denominada teoría de los riesgos y de la teoría de la imprevisión). Esta estructura –repetimos- es positiva valorativamente, puesto que las partes, se supone, negociaron libremente, en un perfecto y teórico plano de igualdad, con la información necesaria, sin vicio alguno que afectara su voluntad, por lo que se estima que el resultado de dicha contratación es justo, eficiente individual (maximización) y colectivamente.

Por lo tanto, cuando se plantea la idea de *conflicto de intereses* se trata de un concepto distinto al beneficioso fenómeno de la contratación bilateral o sinalagmática⁶. Entramos por tanto, a delimitar qué conflicto de intereses es el relevante para los efectos de este estudio.

a.3.) Los conflictos de interés en la representación legal y convencional

Tratando de dilucidar la idea que hay detrás del *conflicto de intereses estricto sensu*, se ha señalado que “se trata de posturas antagónicas que no pueden ser atendidas a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada..., la sola idea de conflicto hace referencia a la situación de peligro para los intereses del representado”⁷, por lo

4 Barros, op. cit., p. 13.

5 En general, cabe señalar que es necesario que existan intereses contrapuestos entre las partes de un negocio jurídico, que un sujeto desee vender una cosa porque está necesitado de dinero y que otro requiera de la cosa. Lo anterior es esencial para la economía de mercado y para el dinamismo jurídico, puesto que de contrario no existiría intercambio de bienes, ni servicios, no existiría movilidad. Por ello, el gran motor del tráfico económico y jurídico es precisamente la existencia de distintos intereses de los sujetos, y de necesidades a satisfacer por éstos.

6 En todo caso, es posible suponer casos en que exista interacción entre ambas figuras (contratación sinalagmática y conflictos de intereses en sentido estricto), por ejemplo, en las relaciones jurídicas de confianza, como en el caso del mandato, que es un contrato bilateral en que se encomienda la gestión de un asunto a una persona de confianza, precisamente a raíz del cumplimiento de dicho contrato de mandato puede ocurrir la explotación de un conflicto de interés en donde el mandatario infrinja su deber de lealtad, posponiendo el interés de su mandante en pro de su beneficio propio.

7 Saavedra, op. cit., p. 481.

que desde una perspectiva general se trata de situaciones en las que un sujeto se enfrenta a dos intereses contrapuestos (el propio y el ajeno)⁸ y en donde necesariamente el beneficio de uno implica el perjuicio de otro, esto es, un *juego de suma cero*. Precisamente en este punto se encuentra el fundamento por el que el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta ex ante y otra ex post a dichas infracciones: se deberá impedir que se explote un conflicto de interés, y en caso que ocurra, se deberá remediar y sancionar.

Pero desde una perspectiva más específica, el conflicto de intereses requiere que exista: **a)** un sujeto que gestione un negocio o un patrimonio ajeno al suyo, ya sea por disposición de la ley (como lo son los casos de las representaciones legales de los incapaces absolutos o relativos) o de un contrato, el que usualmente implicará una especial relación de confianza en virtud de la naturaleza del contrato o del servicio que se presta con ocasión de dicho contrato (como lo son los casos del contrato de mandato, comisión, corretaje, sociedad, etc); **b)** que en dicha relación jurídica existan intereses contrapuestos e incompatibles (por tanto, no habrá conflicto de intereses cuando se trate de intereses concurrentes, paralelos o comunes, e incluso, distintos, siempre que sean compatibles)⁹, de modo que sea posible que se produzca el conflicto que el Derecho teme que ocurra: el dilema del gestor de posponer el interés ajeno en pro del interés propio. Existirá infracción al deber de lealtad, cuando se explote el conflicto de interés, cuando se posponga el interés ajeno al propio. En estos casos, en la relación misma, se protege al sujeto que encomienda o delega la gestión del negocio en virtud de la confianza que deposita en el agente.

Como se verá más adelante, la hipótesis típica en donde el Derecho supone que es posible el peligro de explotar el conflicto de intereses, posponiendo los intereses del representado por los propios, es en el fenómeno de la *autocontratación* o contrato consigo mismo. El caso más típico y elemental que el legislador regula es el del padre de familia que vende bienes del hijo a quien representa legalmente, adquiriéndolos a nombre propio, o el caso del tutor o curador que compra los bienes raíces de propiedad de su pupilo, o que los toma en arriendo. La sanción en estos casos, será drástica, la ineficacia del autocontrato celebrado con conflicto de interés (hay una infracción a norma prohibitiva).

Pero la cuestión es bastante más compleja que el clásico ejemplo de la autocontratación; pensemos ahora qué remedio legal habrá para todos aquellos casos en que no hay norma prohibitiva que sancione al autocontrato y en que efectivamente exista conflicto de interés que se explota en perjuicio del representado. O, de otro lado, pensemos en el administrador de una sociedad que se fija una renta o remuneración abusiva respecto de las rentas de mercado, o del que hace perder la oportunidad de un negocio a la sociedad colectiva civil, adquiriendo para sí dicha oportunidad y perjudicando a la sociedad, como por ejemplo, el del geólogo con-

⁸ Por lo tanto, no puede haber conflicto de intereses, desde el fenómeno de la autocontratación, cuando el administrador de una sociedad aparece en el negocio representando a la sociedad y a sí mismo simultáneamente, pero en el mismo rol jurídico. Pero bien puede ocurrir que exista conflicto de intereses cuando se gestionen intereses de terceros y se es parcial respecto de uno de éstos, aquí el gestor es parcial respecto de un interés, perjudicando el otro.

⁹ Saavedra, op. cit., p. 481

tratado para prospeccionar unos terrenos en busca de mineral, que hallándolo, entrega la información a un tercero relacionado para que se aproveche de la oportunidad, constituyendo la respectiva pertenencia. Aquí hay infracción a la relación de confianza, se actúa deslealmente, posponiéndose el interés ajeno al propio.

Frente a la gama de alternativas que es posible plantear en que se genera un conflicto de interés, cabe adelantar que el ordenamiento jurídico no tiene una respuesta única o uniforme frente a este tipo de situaciones, sino que habrá que establecer la naturaleza del conflicto, de la relación jurídica, el tipo de infracción y la forma en que el Derecho lo repudia. En este artículo, como hemos sostenido, pretenderemos insinuar líneas, patrones y algunos principios que es posible derivar del Código Civil.

a.4.) Los conflictos de interés como protección de intereses de diversos terceros

Esta última situación implica conflictos de diversa índole, pero todos englobados dentro de un general concepto de conflicto de intereses. Pensemos en el caso de los acreedores que tienen intereses diversos sobre la cosa (por ejemplo, el acreedor hipotecario sobre el bien que sacará a remate y el promitente comprador sobre la cosa que se rematará), del que se colude para perjudicar a su principal o de aquel directorio que perjudica a los accionistas minoritarios de una sociedad anónima.

En estas situaciones, no necesariamente se dará el fenómeno de la autocontratación, pero no por ello podrá defraudarse la relación de confianza que une a las partes. ¿Significa acaso que no existe una regulación supletoria de las normas especiales de la relación? En estos casos, consideramos que las reglas que deben regular la situación emanan del deber de lealtad o de fidelidad que existe en la relación jurídica y que ha sido ignorada por la doctrina nacional aún cuando el principio de la buena fe permite fundarlo dentro de las relaciones jurídicas obligatorias, integrando el contenido de los deberes y obligaciones como veremos más adelante. Pero bien, puede ocurrir que el conflicto de intereses se genere respecto de terceros, acreedores, en donde una de las partes negocia incompatiblemente con un relacionado para perjudicar al tercero acreedor, cuestión que implicará volver al derecho subjetivo y al conflicto de intereses para poder inclinar el amparo del Derecho al interés que se considere prevalente, ya sea a través del fraude a la ley, acción pauliana, acción de simulación, entre otros institutos.

En conclusión, analizaremos aquellos casos en que se plantea el dilema, ser fiel a la confianza que se ha depositado en el agente, favoreciendo los intereses del principal o bien, posponer dichos intereses. Creemos que el Derecho opta por el principal o representado: por lo que el agente, frente al dilema, deberá actuar en beneficio del principal por la especial relación que se ha configurado; deberá posponer su interés personal y propio en beneficio del interés del principal (representado o mandante).

b) FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL CONFLICTO DE INTERÉS

Existen distintos puntos de vista que justifican la intervención del Derecho para regular los potenciales conflictos de interés, sancionarlos en caso que ocurran (ineficacia, sanción penal, administrativa, disciplinaria) y dejar indemne a quien fue víctima de la actuación realizada en conflicto de interés.

Como primer argumento para regular los conflictos de interés, y desde la perspectiva de los sujetos mismos de la regulación, cabe señalar que el Derecho observa un potencial perjuicio o daño al representado que carece de los medios, capacidad o potencialidades para actuar personal o directamente en la administración de sus negocios o negocio particular y específico. Esta perspectiva justifica especialmente la intervención del Derecho en el caso de los representantes legales de los incapaces, ya que esta regulación viene necesariamente a complementar a las normas que establecieron la incapacidad de ejercicio. En otros términos, estas normas que establecen y repudian la ejecución de un acto o contrato en conflicto de interés entre el representante y representado permiten una perfecta protección del sujeto incapacitado¹⁰.

En segundo lugar, las normas que regulan los conflictos de interés tienen como objetivo proteger la confianza en determinadas relaciones jurídicas donde dicho elemento (confianza) ocupa un lugar primordial. Pensemos en los casos de representación convencional o en la judicial, en donde la confianza es un elemento fundamental de la relación jurídica; se pretende precisamente que quienes representan dichos intereses no abusen de la confianza que en ellos se ha depositado, ya sea por razones externas al negocio (amistad, etc.), o de experticia o de especiales conocimientos del agente (mandato comercial, corretaje comercial, mandato judicial, etc.). Se busca así que no se abuse de la confianza y del especial poder que ostenta el representante respecto del representado, que no se aproveche de dicha condición privilegiada por la confianza o los conocimientos, ya sea robando oportunidades de negocios del representado, utilizando información privilegiada, etc.

En tercer lugar, pero ahora desde una perspectiva sistémica, con la regulación de los conflictos de interés se pretende que el sistema en su conjunto funcione adecuadamente, ya que “los efectos de los conflictos de interés..., las más de las veces hay exacción de riquezas del mercado, que asigna los recursos en forma distorsionada y al sistema en general, ya que se hace perder confianza a quienes actúan en el sistema, transparencia y credibilidad al mismo”¹¹. En dicho mérito, el Derecho debe intervenir, tanto para prevenir que no se afecte el funcionamiento del mercado¹² como para sancionar a quienes hayan actuado con conflicto de interés, afectando al mercado, y con ello a los particulares.

En definitiva, las normas sobre conflictos de interés pretenderán impedir el dilema de posponer el interés ajeno al propio (su finalidad es “no enfrenar el interés

10 Las normas que regulan los conflictos de interés, tienen por objeto proteger al representado, cliente o administrado, son en cierto sentido, el necesario complemento de las normas que establecen la incapacidad jurídica de los representados (piénsese en los incapaces absolutos y en los relativos), ya que no sólo se les reconoce una capacidad disminuida (o falta de voluntad jurídica en el caso de los incapaces absolutos) sino que se pretende con estas normas protegerlos de los propios sujetos que concretamente debiesen protegerlos. De otro lado, puede sostenerse con corrección que estas normas pretenden “evitar que puedan –los representados– ser víctimas del representante que pospone su interés”, Alessandri, op. cit., N°23, p. 73

11 Tocornal, op. cit., p. 28.

12 Sobre este punto, la citada autora analiza diversos sistemas que pueden presentarse para resolver la cuestión que se analiza, algunos que recurren a la autorregulación, en donde los propios grupos deben encargarse de sus regulaciones; también es posible pensar en un sistema puro de regulación, en donde el Estado ejerce un estricto control y vigilancia en el sistema en general y, por último, un sistema mixto, donde se adopta un modelo legislativo en el cual se combine la regulación de los sujetos participantes con la normativa estatal institutiva de obligaciones fundamentalmente de divulgación informativa, y de un organismo público independiente, esencialmente contralor del mercado, Tocornal, op. cit., p. 86 y ss.

con el deber”¹³), y en caso que así ocurra, reaccionar contra el acto, el beneficio, el perjuicio y el título mismo que se ostenta, es decir, hacer gravosa la tentación de sacrificar el interés del representado en beneficio del propio, y remediar la situación del principal una vez que se materialice dicha conducta abusiva.

c) EL AUGE DE LA REGULACIÓN PÚBLICO-ECONÓMICA DEL CONFLICTO DE INTERÉS

Ha sido la regulación económica (derecho comercial y económico) la rama del Derecho que más ha abundado en torno al conflicto de interés¹⁴, baste para ello, analizar las diversas normativas sectoriales que han establecido estrictas reglas que gobiernan la actuación de aquellos sujetos que administran patrimonios de terceros o ejecutan actos jurídicos a nombre de éstos, por cuenta y riesgo de éstos, estableciendo especiales deberes de lealtad y de cuidado que deben guiar la conducta de los sujetos; elevando estándares de responsabilidad y procedimientos especiales para impedir actuaciones con conflictos de interés.

c.1.) Ley N° 18.046, Ley de sociedades anónimas.

La Ley de Sociedades Anónimas con precisión regula la actuación del directorio, de los directores y los ejecutivos que intervienen en la administración de la sociedad, se establecen deberes de lealtad, un estricto régimen de responsabilidad y rigurosos estándares de cuidado, se pone preeminencia en el interés social, véanse los artículos 42, 44 y 89¹⁵.

c.2.) Decreto Ley N°3.500, sobre Administradora de Fondos de Pensiones.

Un caso interesante se observa en la normativa que revolucionó en Chile el sistema de administración de fondos de pensiones, el Decreto Ley N° 3.500, que luego de una modificación legal incorporó diversas normas para impedir y sancionar casos de conflictos de interés que pueden darse en el seno de la administradora de fondos de pensiones.

En efecto, el nuevo título XIV del Decreto Ley N° 3.500, destina diversas secciones para regular el conflicto de interés, fijar la responsabilidad de las Administradoras en la gestión de los fondos de pensiones, establecer las actividades que les son prohibidas a las AFP y otros párrafos destinados a establecer normas sobre votación para elegir directores, sanciones y procedimientos.

Particularmente, interesan los preceptos que regulan la actuación de la AFP con terceros (artículo 147), la contratación con personas relacionadas (artículo 150), la realización de inversiones inadecuadas (artículo 150), la autocontratación (artículo 150 y 152) y el uso de la información privilegiada (artículo 151 y 152) entre otros¹⁶.

13 Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, Cultural S.A, Habana, 1936, N°68, p. 94.

14 Sin perjuicio del Derecho Administrativo que han hecho lo propio con los principios de probidad administrativa de los funcionarios públicos, incompatibilidades, delitos funcionarios, etc.

15 Sobre los conflictos de intereses y la sociedad anónima, véase el texto de Lyon Puelma, Alberto, Conflictos de intereses en las sociedades, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N°1, pp. 47-93 (2002) y Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio, Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América, en Revista Chilena de Derecho, 2004, volumen 31, N°2, pp. 239 a 268.

16 Así, Tocornal, op. cit, p. 97 indica que “los artículos 151 y 154 del DL 3500 procuran impedir la práctica del Frontrunning

Además dicha regulación establece una norma general (artículo 147)¹⁷ que dispone la forma en que las AFP deben conducirse frente a los conflictos de interés con el fondo administrado, estableciendo una regla general que impone, por un lado, la obligación de realizar todas las gestiones que sean necesarias para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad de las inversiones y por otro, la de atender exclusivamente el interés de los fondos por sobre los propios en virtud del deber de lealtad que les asiste¹⁸.

c.3.) Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores.

El objetivo de la ley de mercado de valores es que todos los agentes (emisores, inversionista e intermediarios) que participan en el mercado de capitales lo hagan en pie de igualdad, garantizándose en lo posible el mayor acceso a la información (artículo 10 y 12), pero particularmente pretende la eficiencia en el mercado de los valores. Así, diversas normas promueven la transparencia en el mercado, estableciendo la obligación de informar acerca de todo hecho o antecedente que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones de inversión (artículos 9 y 164); informar acerca de intención de toma de control (artículo 54); información verídica (artículo 64); los artículos 52 y 53 declaran contrarios a la ley, tanto efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios; obligación de indemnizar los perjuicios derivados de la infracción de ley (artículo 55); uso de información privilegiada (artículo 85); regulación de la situación de agentes de valores y corredores de bolsa, procurando evitar conflictos de interés con ciertos emisores de valores de oferta pública, ordenando informar determinadas incompatibilidades a sus clientes y abstenerse de realizar directa o indirectamente, cualquier operación o transacción de acciones emitidas por dicho emisor (artículo 168); obligación de realizar operaciones en forma independiente, separada y autónoma de cualquier otra actividad de la misma naturaleza, desarrollada por inversionistas institucionales u otros intermediarios de valores (artículo 169), obligación de indemnizar los perjuicios provocados con infracción al título XXI, de la información privilegiada, y multa a beneficio fiscal del monto pecuniario obtenido a través de las transacciones de valores del emisor que se trate (artículo 172) e inscripción especial de los valores que se posean a nombre propio pero por cuenta de terceros (artículo 179).

en el campo de las administradoras de fondos de pensión. Estas normas pretenden impedir que las personas que conozcan los proyectos de inversión de dichas administradoras se adelanten a éstas y adquieran para sí los valores que van a ser objeto de inversión de esas entidades, para luego vendérselos a ellas a un precio superior al normal del mercado". Por otro lado, el artículo 154 establece una serie de prohibiciones para las AFP y para las personas que participen en las decisiones de inversión del Fondo o que, en razón de su cargo, ocupación, tengan acceso a la información sobre dichas inversiones.

17 El citado artículo 147 dispone que: "Las Administradoras deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias, para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de los Fondos que administran. En cumplimiento de sus funciones, atenderán exclusivamente al interés de los Fondos y asegurarán que todas las operaciones de adquisición y enajenación de títulos con recursos de los mismos, se realicen con dicho objetivo. /Las Administradoras responderán hasta de culpa leve por los perjuicios que causaren a los Fondos por el incumplimiento de cualquier de sus obligaciones".

18 En todo caso, la regulación en estudio está destinada a normar la situación entre los fondos y la administradora o la administradora y sus ejecutivos, pero no se pone en la situación individual entre los pensionados directamente y la propia administradora, en virtud de este especialísimo contrato de afiliación (forzoso), cuestión que creemos queda entregada al derecho común, pero con dicha norma general como telón de fondo de la relación jurídica afiliado y AFP.

c.4.) Conclusiones acerca de la regulación sectorial¹⁹

A título de conclusión, cabe indicar que las regulaciones económicas han abordado en forma moderna el conflicto de intereses, estableciendo normas claras que miran más que a la relación directa entre los sujetos que intervienen en el mercado (aún cuando han establecido procedimientos, responsabilidad, estándares de diligencia y acciones para hacer efectivos dicha responsabilidad), al sistema en su conjunto, protegiéndolo por razones de transparencia, estabilidad y eficiencia desde la perspectiva del orden público económico. Lo que queda por ver entonces es cómo se aplicarán estas normas por los tribunales de justicia que son los llamados a juzgar las conductas contrarias a dichos principios.

III.- CONFLICTOS DE INTERÉS Y ALGUNOS PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

A) PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA: ¿HAY EN EL CÓDIGO CIVIL REGULACIÓN SUPLETORIA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS?

El Derecho Civil, que constituye el derecho común, regula en forma aislada y poco sistemática los conflictos de intereses, pero de ello no se deriva que no puedan establecerse algunos principios generales en torno a la regulación que el mismo dispone para el conflicto de interés.

Muy por el contrario, el Código de Bello toma una posición que abiertamente rechaza la posposición del deber en beneficio del propio interés; en otros casos, agrava la responsabilidad del representante y en otros, ordena la ineficacia del negocio celebrado con infracción del deber de conducción leal y en conflicto de interés. En todo caso, siempre impondrá, en forma *ex post*, la obligación de resarcir el perjuicio provocado y también, según sea el caso, la remoción del agente que abuso de la confianza del principal.

En efecto, hemos encontrado diversos casos de aplicación de reglas especiales para regular los conflictos de interés en el Código Civil:

a) En algunos casos, el Código prohíbe la realización de determinados actos cuando hay presumiblemente un conflicto de interés (y un peligro cierto de daño) entre quien administra (y además su núcleo más cercano) y el administrado. Particularmente prohíbe la autocontratación en algunos casos de representación legal y convencional, por lo que partiremos analizando dichas hipótesis, las sanciones que implica la realización de dichos autocontratos, los efectos indemnizatorios de dichas actuaciones que el legislador considera ilícitas y la remoción del representante legal o convencional en cuestión;

¹⁹ No pretendemos ser exhaustivos al momento de indicar la normativa económica que regula en sus diversas hipótesis los deberes de lealtad y los conflictos de interés, pero además de las leyes arriba indicadas, debemos citar las siguientes: a) en la Ley N°18.815, sobre fondos de inversión, los artículos 7 inciso 1° y 14 (prohibición para la Administradora de invertir los recursos del fondo en cuotas de otro fondo administrado por ésta, prohibición de efectuar transacciones con sus personas relacionadas y deudoras de la administradora); b) la Ley N°18.657, sobre fondos de inversión de capital extranjero; c) la Ley N°18.851, sobre fondos de inversión; d) el D.S. N°249, sobre fondos mutuos, artículo 10; e) el D.S. N°1019, sobre administradoras de fondos mutuos, artículos 12 a, 13 números 3 y 5, entre otras.

b) Además estudiaremos que en la ejecución de un acto en desmedro del interés del principal (representado o mandante) también hay una explotación de un conflicto de interés, el que se verifica por la infracción del deber de lealtad o fidelidad que existe en la relación jurídica. En este caso, se impondrá la obligación de indemnizar los perjuicios que de dicha infracción derivan, sin perjuicio de otros efectos, como veremos más adelante.

Cabe indicar que los casos que se analizarán a continuación –autocontratación y representación- corresponden a los denominados *derechos función*, es decir, aquellos derechos que no están establecidos en beneficio del titular del derecho sino de un tercero. La característica de los derechos función es que “atribuyen al titular una potestad cuyo fin es proteger los intereses de un incapaz (como el derecho de tuición que el padre, la madre o el tutor tienen sobre el menor) o gestionar un patrimonio ajeno (como los que tienen los administradores de una persona jurídica)”²⁰, por eso se sostiene que son derechos potestativos, dado que confieren competencias para realizar ciertos actos, pero en función del tercero: “en la medida que la función forma parte del contenido del derecho, si el titular desvía su ejercicio hacia su propio beneficio se infringe el contenido atributivo del derecho”²¹. Estos derechos están integrados por una especial disposición a favor del tercero en cuyo beneficio se han establecido, y como enseña BARROS, la desviación del poder no está cautelada por la norma²².

B) LOS CASOS DE AUTOCONTRATOS, CONFLICTO DE INTERÉS Y LIMITACIÓN JURÍDICA

b.1.) De la autocontratación en general

De las distintas hipótesis de conflicto de intereses que se indicaron precedentemente, el autocontrato o contrato consigo mismo es el caso sobre el que más se ha indagado por la dogmática del derecho privado chileno en torno al conflicto de intereses.

Recordemos que el autocontrato o contrato consigo mismo es un acto jurídico que una persona celebra consigo misma, sin que sea menester la concurrencia de otra, y en el cual ella actúa, a la vez, ya sea como parte directa y como representante de la otra; ya sea como representante de ambas partes; ya sea como titular de dos patrimonios (o de dos fracciones de un mismo patrimonio) sometidos a regímenes jurídicos diferentes²³.

El conflicto de intereses ha sido tratado tangencialmente por la dogmática nacional al momento de estudiar, analizar y establecer la posibilidad jurídica de la *autocontratación*. El primer tratadista nacional en poner realmente el acento en esta categoría contractual fue el decano ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. En su monografía acerca del contrato consigo mismo, concluyó que la autocontratación es posible jurídicamente siempre que no exista una prohibición legal que lo impida y, faltando dicha prohibición legal, cuando no exista un conflicto u oposición de intereses entre el representante y el representado, por lo que habrá conflicto de interés siempre que

²⁰ Barros, op. cit., p.13

²¹ Barros, op. cit., p.13

²² Barros, op. cit., p.31

²³ López Santa María, Jorge, Los Contratos. Parte General, Santiago de Chile, 2001, Editorial Jurídica de Chile, N°37, p. 221.

la realización del acto pueda acarrear un perjuicio para el segundo²⁴. De ahí que el decano concluya que “si su realización (se refiere al autocontrato) puede acarrear un perjuicio para el representado, si, por su naturaleza o importancia, hace posible el temor de que el representante sacrifique su deber a su propio interés, la jurisprudencia, apoyada por la doctrina, no vacila en declararlo inadmisibles, aun a falta de texto expreso”²⁵.

El Derecho reacciona, según lo anterior, estableciendo algunas prohibiciones especiales de autocontratar cada vez que hay peligro de conflicto de interés, ésta es una técnica jurídica antigua, otro tanto son las incompatibilidades jurídicas, pero ésta es la técnica que nuestro Código utiliza. De ahí que el sistema y análisis dogmático se realice en base a prohibiciones, particularmente de las *prohibiciones especiales* a las que hace mención el artículo 1447 en su inciso final, que no hace sino reconocer la existencia de eventuales conflictos de intereses entre sujetos que el Derecho rechaza. Por ello Alessandri sostiene que “Como todos estos preceptos se fundan en el conflicto de intereses que ordinariamente origina el acto consigo mismo, creemos que cada vez que él se presente, no será posible su celebración, aunque no exista un texto expreso que lo prohíba”²⁶, afirmación que como veremos más adelante ha sido atemperado por alguna doctrina más moderna y por la jurisprudencia. Otros, en caso de faltar texto expreso que condene la autocontratación, sostienen algo similar pero fundado en los principios de la buena fe y la prohibición del enriquecimiento sin causa, es decir, el límite a la autocontratación estará en aquellos casos en que se infrinja uno de estos principios generales del derecho, pasando a ser ilícita²⁷, línea de argumentación que nos permitirá basar el segundo punto de este estudio como lo es el deber de lealtad que se deben los contratantes.

b.2.) De la autocontratación de los representantes legales en el Código Civil

Del conjunto de normas civiles que tratan del conflicto de intereses para aquellos sujetos que administran un patrimonio ajeno (casos de representación legal derechamente, cargos de carácter públicos, tutor o curador) o en que se encomienda la ejecución de un encargo (mandato), se concluye el principio de que el representante o mandatario, jamás puede ejecutar un acto, en la representación invocada, que le cause o le pueda causar perjuicios a su representando. La legislación común establece que el representante tiene vedado realizar una acción, aún en cumplimiento de su encargo, en virtud de la cual, sacrifique el interés del representante en beneficio de su propio provecho, lo que traerá efectos en la posibilidad jurídica de la autocontratación.

Por ello, Alessandri señala que “como todos estos preceptos se fundan en el conflicto de intereses que ordinariamente origina el acto consigo mismo, creemos que

24 Alessandri Rodríguez, Arturo, La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1931, p. 22. En el mismo sentido, Saavedra, op. cit., p. 480.

25 Alessandri, op. cit., N°8, p. 23.

26 Alessandri, op. cit., p. 26

27 Otero, op. cit., p. 141, quien agrega “La aplicación de los señalados principios, inevitablemente, nos lleva a concluir que la autocontratación, fuera de los casos en que la ley así lo establece expresamente, no puede ser aceptada cuando haya sido prohibida al representante por su representado y en aquellos casos en que ella se traduzca en perjuicios para el representado o uno de los representados, siempre que ellos sean consecuencia directa de un conflicto de intereses entre los titulares de los patrimonios involucrados”.

cada vez que él se presente, no será posible su celebración, aunque no exista texto expreso que lo prohíba²⁸, de modo que si no puede celebrarse dicho negocio, más aún lo serán aquellos casos en que habiendo sido celebrado y encomendado el negocio, el representante en ejecución del mismo, “desvía su ejecución” para beneficiarse a costa del interés del representado²⁹.

Frente a lo anterior y con el objeto de impedir o evitar el dilema de la posposición del interés ajeno al propio, es que se han creado “precauciones legales, como la exigencia de una aprobación por el interesado o por otro medio”³⁰, que constituyen posiciones más modernas de enfrentar en la representación los problemas de la autocontratación y del conflicto de intereses, pero siempre “reconociéndolas con limitaciones y precauciones”³¹, sin que opere absolutamente el principio de la libertad contractual.

Nuestro plan de exposición para este punto implica analizar la autocontratación y su posibilidad jurídica en la representación legal, en la representación convencional, en la representación de personas jurídicas, y en cada caso indicar la forma en que el ordenamiento del derecho civil reacciona frente al fenómeno de la autocontratación y los conflictos de interés.

1.- Administración y representación legal de los padres respecto de los bienes del hijo

Cabe distinguir dos materias diversas referidas a los padres y los bienes del hijo; una es la administración que el padre realiza de los bienes que son de propiedad del hijo y, por otro lado, la representación legal que al mismo le corresponde desempeñar.

Sobre el primer punto, el Código Civil establece que el padre disfruta del derecho legal de goce sobre los bienes del hijo (artículo 250), consecuencialmente debe administrarlos (artículo 253) y responde de dicha administración hasta de culpa leve (artículo 256), estando en todo caso privado de la facultad de enajenar o gravar los bienes raíces del hijo, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa (artículo 254) y respecto de la facultad de celebrar donaciones, arrendamiento por largo tiempo o aceptar o repudiar herencias, deberá ceñirse a las normas establecidas para los tutores o curadores (artículo 255). Perderá dicho derecho legal de goce en aquellos casos en que se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual, establecida por sentencia judicial (artículo 257).

Respecto de la representación legal (artículo 43), y la posibilidad de la autocontra-

²⁸ Alessandri, op. cit., N°23, p. 73.

²⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, Teoría General de los actos o negocios jurídicos, Tercera Edición, Colombia, Editorial Temis S.A., N°422, p. 359, sostienen que “con el mismo propósito de impugnar el autocontrato, se suele poner de manifiesto el conflicto de intereses que éste de ordinario implica y que induciría al representante a sacrificar el del representado en provecho del suyo propio, como cuando, por ejemplo, pudiendo obtener mejores condiciones con un tercero para la venta encomendada, el representante pacta consigo mismo otras condiciones inferiores, ya ciñéndose a las pretensiones mínimas del representado, o hasta induciéndolo a rebajarlas. Se dice que esta “la influencia indebida”, ha determinado a varias legislaciones, como la alemana y la suiza y al derecho inglés, a prohibir en general el autocontrato.

³⁰ Ospina, op. cit., N°422, p. 359

³¹ Ospina, op. cit., N°423, p. 361.

tación del padre de familia en tanto representante legal del hijo de familia, se ha sostenido acertadamente que por regla general, la autocontratación del padre de familia y su hijo es válida³². El mismo análisis se realiza cuando celebra un autocontrato en representación legal del hijo de familia y de un tercero (en calidad de mandatario de éste)³³.

La excepción a dicha autorización o posibilidad de autocontratar será cuando existe una norma prohibitiva de la autocontratación (puesto que en estos casos la ley presume el peligro jurídico y económico que entraña el conflicto de interés), como ocurre con el artículo 1796, dentro del contrato de compraventa, que prohíbe absolutamente el contrato de venta entre padre e hijo de familia, caso en el cual, la autocontratación ejecutada estará afectada de un vicio de nulidad absoluta por razón de objeto ilícito (contrato prohibido)³⁴. Debemos además agregar los casos en que existe o puede existir oposición de intereses entre el padre o madre de familia y el hijo: en estos casos las normas “prescriben el nombramiento de un curador especial para el hijo”³⁵, tales como los artículos 124, 130, 188, 253, 263 (litigio entre padre de familia e hijo de familia) y otros. Reiteramos, la sanción en caso de infracción de una norma prohibitiva (artículo 1796) será la nulidad absoluta, y en el caso de infracción a la norma imperativa (designación de curadores especiales) será la nulidad relativa por estar establecida en razón a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan (artículo 1682).

El problema se produce en todos aquellos casos en que no existe una norma prohibitiva de la autocontratación o bien un precepto que especialmente disponga la designación de curador especial, pero en donde sí exista o puede existir conflicto de intereses en el autocontrato. Algunos autores sostienen que la prohibición se aplicará por analogía (aún cuando no haya prohibición legal expresa). Así, se sostiene por algunos que “pero si existe oposición de intereses entre el padre y el hijo de familia, si los de uno y otro son divergentes, circunstancia que los jueces del fondo decidirán soberanamente en caso de controversia al respecto, el acto consigo mismo no es posible entre ellos”³⁶, pero otros sostienen que no se pueden aplicar analógicamente norma prohibitivas, principio al cual adherimos puesto que las prohibiciones deben ser interpretadas en forma restrictiva y no hay vicio de nulidad ahí donde la ley no lo dispone³⁷. Por lo tanto, no habrá sanción de ineficacia al autocontrato ejecutado en conflicto de interés por el padre de familia, pero de ello no se deriva que no exista alguna sanción en caso que el negocio en definitiva dañe patrimonialmente el menor representado, puesto que frente al conflicto de interés se

32 Cfr. León Hurtado, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, 1991, Editorial Jurídica de Chile, N°223 b), Saavedra, op. cit., p. 486 y López, op. cit., N°37, p. 225.

33 Saavedra, op. cit., p. 486. En todo caso, cabe señalar que estas prohibiciones no operan para el caso en que el padre o madre de familia autocontratan como mandatarios de terceros, incluso otros hijos. Sobre el punto, León, op. cit., N°225, p. 220, enseña que “pueden vender o arrendar a uno de los hijos los bienes de otro de ellos. No hay aquí ninguna prohibición, pues el padre o madre, si bien autocontratan, no son partes del acto, no actúan en su propio interés”.

34 Mismo efecto se produce para el caso de la permuta, por remisión normativa (artículo 1899).

35 Alessandri, op. cit., N°44, p. 100.

36 Alessandri, op. cit., N°45 p. 102. En el mismo sentido León, op. cit., N°223 b), p. 219, quien explícitamente no opta por la nulidad del autocontrato, sino que indica que deberá designarse un curador especial para impedir la oposición de intereses entre representante y representado.

37 López, op. cit., p. 224.

impone un mayor nivel de cuidado del padre de familia, por los especiales deberes de lealtad que el mismo debe desempeñar, por lo que la infracción al deber de diligencia y lealtad con que debe conducirse el representante legal del hijo de familia provocará la obligación de indemnizar los perjuicios provocados al administrado, precisamente por esa mala conducción de su representante legal, sin perjuicio de la remoción del mismo o de otros vicios que puedan afectar a los negocios celebrados por el representante legal (dolo, causa ilícita, simulación, entre otros).

2.- Administración del marido de los bienes de la sociedad conyugal y de los bienes propios de la mujer

Desde luego cabe advertir que las conclusiones y la casuística que antiguamente analizaban los tratadistas que estudiaron la autocontratación se han modificado en razón de las diversas reformas legales acerca de la capacidad de ejercicio de la mujer casada en sociedad conyugal como al régimen patrimonial de sociedad conyugal dentro del matrimonio³⁸.

Sin perjuicio de ello, creemos que aún mantiene validez la afirmación de que la autocontratación está admitida en forma general ya que existen normas especiales que lo prohíben en determinados casos³⁹, de modo que en todos aquellos no expresamente prohibidos el marido puede autocontratar⁴⁰.

Los casos de prohibición de autocontratación entre marido y mujer se encuentran expresamente indicados en los siguientes artículos: 675 respecto de la donación irrevocable entre cónyuges en tanto no transfiere el dominio entre éstos, 1137 y 1138 respecto de las donaciones que serán siempre revocables entre cónyuges, y 1796 y 1899 respecto de la compraventa y la permuta entre cónyuges no separados judicialmente. Dado que dichas normas son prohibitivas en forma absoluta, la celebración de dichos autocontratos implica la celebración de un contrato prohibido, por lo que habrá nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1466 y 1682)⁴¹.

ALESSANDRI en su monografía de la autocontratación plantea que en todos aquellos casos en que exista conflicto de intereses entre marido y mujer, habrá nulidad relativa, así sostiene que "por consiguiente, el marido podrá celebrar consigo mismo un contrato en que actúe por sí mismo y como representante legal de su mujer, siempre que entre ambos no exista oposición de intereses, en cuyo caso en el instrumento en que conste comparecerá en su doble carácter de marido y parte. Si la hay, no será posible el autocontrato; y si de hecho se celebra, es nulo relativamente"⁴², pero, como indicamos precedentemente, desde el año 1989 el marido ya no es re-

³⁸ Cabe en todo caso indicar que en la sociedad conyugal el marido ya no es representante legal de la mujer en el entendido que ésta es plenamente capaz desde la modificación legal (Ley 18.802 de 9 de junio de 1989), por lo que a este respecto se han reducido las hipótesis de autocontratación.

³⁹ Saavedra, op. cit., p. 487.

⁴⁰ Alessandri, op. cit., N°55, p. 107

⁴¹ En el mismo sentido, Alessandri, op. cit., N°58, p. 111, quien cita fallo de la Corte Suprema, RDJ, tomo 19, Segunda Parte, Sección Primera, p. 128 y otras en nota a pié de página 112, con la excepción de las donaciones, las que siempre serán revocables.

⁴² Alessandri, op. cit., N°55, p. 108.

presentante legal de la mujer y no operará, por lo tanto, la representación de la mujer dado que es plenamente capaz, por lo que dicha afirmación perdió la vigencia que podría tener.

Por lo tanto, el análisis actual de la cuestión debe ponderar tres situaciones en que el fenómeno de la autocontratación podría tener relevancia. Estos son: **a)** en la administración ordinaria del marido de los bienes sociales en el régimen de sociedad conyugal; **b)** en la administración ordinaria del marido del haber propio de la mujer en el régimen de sociedad conyugal, y **c)** en la administración extraordinaria de la mujer curadora del marido. En el primer caso, no es posible la autocontratación, dado que los bienes del marido y los de la sociedad conyugal conforman un solo patrimonio, como lo dispone el artículo 1750, por lo que carece de sentido que el marido autocontrate consigo mismo si en realidad, es uno solo el patrimonio que administra. En el segundo caso, es decir, administración de bienes propios de la mujer por el marido, sólo cabe la posibilidad de la autocontratación respecto de los bienes muebles de la mujer, ya que respecto de los inmuebles requiere autorización de la mujer para su enajenación⁴³⁻⁴⁴. Particularmente, en el caso de los bienes muebles podría darse el caso de que el marido autocontrate y aumente el haber social para efectos de acrecentar las ganancias de la sociedad conyugal, pero en dicho caso, operaría la nulidad absoluta del artículo 1796 en el caso que el autocontrato sea de compraventa o permuta. Para otro tipo de operaciones (mutuos, comodatos), es decir, donde no se celebre un contrato de compraventa y permuta, la mujer efectivamente sale perjudicada. Por último, respecto de la administración extraordinaria de la mujer curadora del marido, ésta pasará a administrar la sociedad conyugal, y operarán iguales reglas que las que gobiernan la administración del marido (artículo 1759), pero dado que el marido no puede siquiera administrar sus bienes, se requerirá por parte de la mujer curadora la autorización judicial para disponer (enajenar onerosa o gratuitamente, gravar voluntariamente y promesas de dichos actos) los bienes raíces sociales (mismo artículo). Respecto de los bienes

43 Dentro del régimen de sociedad conyugal, le corresponderá al marido recabar la autorización específica y expresa (artículo 1754) de la mujer para determinados actos referidos a ciertos bienes (enajenación o gravamen de bienes raíces propio de la mujer, nombramiento de partidor, partición de la herencia, arriendo de determinados bienes por ciertos períodos de tiempos). En estos casos, la falta de dicha autorización implicará la nulidad relativa del acto o contrato, pero no por la existencia de conflicto de intereses sino que por la falta de consentimiento del dueño de dichos bienes.

44 La mayoría de los autores se inclina por indicar que la omisión del consentimiento de la mujer está sancionada por la nulidad relativa, en este sentido ROZAS VIAL, p. 57, enseña “si el marido celebra cualquiera de los actos para los que la ley exige autorización de la mujer o del juez sin obtenerla, el acto es nulo relativamente”. En el mismo sentido, ROSSEL SAAVEDRA, Manual de Derecho de Familia, Séptima Edición actualizada por las profesoras Martinic y Weinstein, N°208, p. 139. Aún cuando otros autores, como Rodríguez Grez, sostiene que la sanción sería la nulidad absoluta, así indica que “la recta interpretación del artículo comentado obliga a considerarlo en función de los elementos esenciales del acto jurídico y, enfrentado a este hecho, deberá llagarse a la conclusión de que si el marido grava o enajena un bien propio de la mujer sin su “voluntad”, estará ausente el consentimiento para gravar o enajenar y el acto por lo mismo, será jurídicamente inexistente”, en Regímenes Patrimoniales, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 134. Sin perjuicio de ello, nos atrevemos a señalar que, en estricto rigor, la sanción a dicho acto de disposición debería haber sido la inoponibilidad por inconcurrencia de la voluntad del dueño del bien (1815 del Código Civil), al igual que en el caso de la inoponibilidad de los actos ejecutados por el mandatario fuera de sus facultades; sanción que jurídicamente es más grave que la nulidad relativa desde el momento que no se sana por el transcurso del tiempo y tampoco requiere de ese requisito especial que opera como legitimante activa para demandar, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva por parte del tercero, sobre el punto, véase Reveco Urzúa, Ricardo, Las formalidades en la teoría general del acto jurídico y su aplicación al art. 1 inciso 4° del D.L. N°3.516, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Memoria de Prueba, 2001, p. 114.

propios del marido, se aplican las reglas de las curadorías, operando por lo tanto, plenamente el fenómeno de la autocontratación y de la representación legal de la curadora, por lo que se emplean los principios que se estudiarán en el siguiente número (inciso final del artículo 1759).

3.- La representación legal de los tutores y curadores

Las normas básicas para analizar la autocontratación y su posibilidad jurídica en el caso de los tutores y curadores son los artículos 410 y 412 del Código Civil. El primero de estos preceptos dispone que el guardador tanto para cubrir las anticipaciones en dineros del pupilo como para ser pagado o restituido de cualquier bien del pupilo, deberá obtener la autorización de otros curadores o del juez en subsidio. En la misma línea, el artículo 412 prohíbe en forma general, todo acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador o su núcleo cercano, salvo que medie autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio. Finalmente, el mismo artículo prohíbe la compraventa y arriendos de bienes raíces del pupilo, ya directamente por el tutor o curador o a través de su cónyuge, ascendientes y descendientes del tutor o curador.

De la lectura de los citados preceptos, se concluye a este respecto que todo autocontrato del tutor o curador en calidad de tal es prohibido⁴⁵ y, para celebrar alguno de los actos o contratos en que exista conflicto de interés con alguna de las personas vinculadas a éste y que aparecen indicadas en el artículo 412, requerirá la autorización expresa y previa de los otros tutores o curadores generales o del juez en subsidio. Por eso se sostiene que “de las disposiciones transcritas aparece claramente que el guardador, en su calidad de tal, no puede autocontratar. Teme la ley, con razón, que el guardador sacrifique el deber por su interés pecuniario y exige, en consecuencia, que todo contrato que se celebre entre él y el pupilo se haga con autorización de los demás guardadores no implicados o del juez en subsidio”⁴⁶.

En estos casos, sin que medie la autorización de los curadores generales o del juez en subsidio, y aún con esta autorización en los casos del artículo 412 inciso 2º, dado que implican un conflicto de interés (inclusive cuando el negocio fuere notablemente beneficioso para el pupilo), la ley opta por la nulidad de dicho acto.

Habrà nulidad absoluta por causa de objeto ilícito por infracción de una norma prohibitiva (como lo es el artículo 412 inciso segundo) o bien nulidad relativa o rescisión en el caso de infracción de una formalidad establecida en atención a la calidad de las partes (falta de las autorizaciones indicadas en los artículos 410 y 412 inciso 1º). En ambos casos, procederá la ineficacia del negocio celebrado, y, la res-

45 En ese sentido, véase León, op. cit., N°218, p. 216, quien enseña que “Debemos insistir en que a los guardadores les está prohibida la autocontratación, porque la ley no les permite actuar en doble carácter de parte y de representantes legales y exige otra voluntad expresa (de otros guardadores no implicados o del juez en subsidio), de modo que el guardador podrá contratar con el pupilo, pero no autocontratar... Por eso consideramos que no es efectivo lo que afirma Claro Solar en orden a que la norma es que los curadores pueden autocontratar si obtienen la autorización exigida por los artículos citados..”

46 León, op. Cit., N°218, p. 215.

titución al estado anterior en que se encontrarían las partes en caso de no haberse celebrado el negocio, con la consecencial aplicación de las prestaciones mutuas e indemnizaciones de rigor (1687 y ss.), sin perjuicio de la remoción del tutor o curador, y la responsabilidad civil indemnizatoria que dispone expresamente el artículo 544 del Código Civil⁴⁷.

b.3.) De la autocontratación de los representantes convencionales en el Código Civil

La situación de los representantes convencionales y particularmente del mandato civil son interesantes por cuanto los principios que en ellos se expliciten pueden aplicarse a otras situaciones, como ocurre en la sociedad civil, en los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros y en los casos que indica el artículo 1800 (síndicos, albaceas).

En estos casos, la representación ha sido establecida en virtud del principio de la libertad contractual y no por disposición de la ley como ocurre con las representaciones legales que el mismo Código define. Habitualmente no se entra en detalles al momento de pactar dichos contratos, por lo que deberán integrar las obligaciones expresas que de dichas relaciones jurídicas emanan, con el deber de lealtad en virtud de la buena fe objetiva (contractual), artículo 1546, cuestión que analizaremos más adelante.

1) La autocontratación en el mandato civil

Previo al punto en análisis, cabe recordar que el mandato es un contrato en virtud del cual el mandante confía la gestión de uno o más negocios al mandatario, por su cuenta y riesgo (artículo 2116). La confianza es estructural al contrato de mandato, y por eso, es que emanan deberes especiales de lealtad y cuidado.

En principio, la autocontratación no es prohibida entre el mandante y el mandatario, ya que se entiende que el mandante puede limitar las facultades que le entrega a su mandatario⁴⁸, y éste debe estarse a las instrucciones y facultades que su mandante le otorgó (artículo 2131), así “la autocontratación será posible si se autoriza expresa o implícitamente (artículo 1545), y no lo será en caso contrario”⁴⁹.

El punto que trataremos de dilucidar será determinar qué ocurre en aquellos casos no especialmente legislados, y particularmente, qué ocurrirá con aquellos autocontratos celebrados por el mandatario con abierto conflicto entre los intereses propios y los del mandante, pero antes de ello, abordaremos los casos en que el legislador reguló específicamente la situación de la autocontratación en el contrato de mandato, estos son el autocontrato de compraventa y el mutuo o préstamo de dinero, que pasaremos a analizar a continuación:

47 En todo caso, esta situación no cubre el caso del guardador que ejerce dos curatelas o del que actúa como mandatario de un tercero, casos en los cuales no procederían las sanciones arriba indicadas. Sobre el punto, León, op. Cit., N°221 y 222, p. 218 y ss.

48 Según Planiol, op. cit., N°71, p. 97, en el derecho francés para los representantes convencionales opera el principio por el cual “el mandatario puede celebrar por su cuenta y consigo mismo la operación jurídica que le ha sido encargada como representante; por ejemplo, un arrendamiento, de cosas o de servicios, préstamos, etc. A fortiori podrá adquirir directamente del mandante dueño de sus derechos o del representante de éste encargado de vender, el bien del cual solamente era administrados”.

49 León, op. cit. N°227, p. 220.

1.1.) El autocontrato de compraventa

El artículo 2144 dispone que prohíbe al mandatario comprar las cosas que se le hayan ordenado vender, y tampoco podrá vender de lo suyo al mandante lo que se le ha ordenado comprar, a menos que exista aprobación expresa del mandante.

La razón del precepto se encuentra en el hecho de que el mandatario se aproveche para venderse a un precio inferior al que se podría obtener de un tercero y a la inversa, para que le venda lo suyo al mandante por un precio superior al que un tercero estaría dispuesto a pedir⁵⁰, es decir, en que anteponga el interés personal por sobre el interés del mandante representado. En realidad, la aprobación expresa del mandante implica que no existe autocontrato sino que derechamente un contrato de compraventa entre mandante y mandatario⁵¹, reiteramos no hay contrato consigo mismo⁵². Obviamente, está sancionada según las reglas generales, el uso de un palo blanco o interpósita persona (fraude a la ley y simulación) por parte del mandatario para vulnerar la prohibición legal.

La infracción al artículo 2144 acarrea la nulidad relativa del autocontrato de compraventa⁵³, ya que la norma es imperativa (requiere de la aprobación expresa del mandante de modo que es un requisito para la validez del autocontrato de compraventa), y se encuentra establecida en consideración de la calidad de la persona (mandatario), para evitar precisamente que se genere el dilema de posponer el interés propio al interés ajeno administrado por el mandatario⁵⁴.

En todo caso, un fallo de la Corte Suprema resolvió que la sanción a la infracción al artículo 2144 es la inoponibilidad del autocontrato bajo la hipótesis de exceso de facultades del mandatario⁵⁵. A nuestro juicio dicho fallo es erróneo e implica una confusión elemental de nuestra Corte: no es un problema de inoponibilidad, dado que hay norma imperativa infringida (no prohibitiva) establecida en razón de la calidad del mandante, de modo que no se está en el ámbito de aplicación del artículo 2160 (exceso de poder-inoponibilidad al mandante)

1.2.) El autocontrato de préstamo de dinero

Por otro lado, el artículo 2145 establece que “el mandatario encargado de tomar dinero prestado podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación al interés corriente; pero facultado a colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante”.

50 Ospina, op. cit., N°428, p. 363. En el mismo sentido León, op. cit. N°228, p. 221, quien agrega que “se advierte claramente que la prohibición de la ley está establecida en resguardo de los derechos del mandante, ya que el mandante podrá aprovecharse de su situación y venderle al mandante al precio máximo que éste haya fijado para la compra, o comprarle al mandante al precio mínimo que éste le haya señalado para la venta”.

51 La jurisprudencia ha resuelto que la existencia de un mandato general con administración de bienes implica autorizar la autocontratación, C. Temuco, 29 de Abril de 1986, J. N°38, p. 32 (considerando 5 y 6).

52 León, op. cit. N°228, p. 221, quien agrega que aún cuando exista conflicto de interés será válida la transacción aprobada por el mandante, sin perjuicio de otros vicios que puedan afectar al negocio, tales como lesión u otros.

53 En ese sentido la sentencia de la Corte de Santiago de 2 de agosto de 1989, R., t. 86, sección 2ª, p. 78, ya que el vicio mira a la calidad del mandante que inviste una de las partes, con el propósito de proteger sus intereses y en su favor, pudiendo dicho vicio sanearse por ratificación del mandante y puede ser alegado por éste y sus herederos.

54 León, op. cit. N°228, p. 222, quien agrega además que “Como consecuencia, sólo podrán invocarla el mandante, sus herederos o cesionarios, se podrá ratificar, no se suspende”.

55 RDJ, t. XCVIII, N°3, sección 1, casación en el fondo, 9 de Julio de 2001, “Herrera con Inversiones Otoñal Ltda”.

La norma citada prohíbe al mandatario constituirse en deudor del mandante cuando éste le ha ordenado colocar dinero a interés, ya que en este último caso, la confianza depositada en el mandatario no alcanza a la solvencia económica de éste⁵⁶; considera el legislador que existe una tentación para el mandatario de posponer el interés del mandante a su propio provecho, por lo que regula especialmente la situación.

Pero además establece una limitación para el mandatario cuando él mismo presta dinero al mandante. En este caso, no puede cobrar más que el interés corriente, ya que de contrario, es decir, en caso que el interés sea superior al corriente, infringe el mandato legal del artículo 2145, de modo que el citado autocontrato le será inoponible al mandante (artículo 2160) dado que éste se extralimitó en sus facultades⁵⁷.

Al igual que en el caso anterior, la infracción a la norma en cuestión (tomar prestado dinero del mandante o autocontrato de mutuo de dinero) acarreará la nulidad relativa del autocontrato⁵⁸, puesto que la aprobación expresa o tácita del mandante es un requisito para el contrato de mutuo que mira a la calidad de la parte (artículo 1682)⁵⁹.

1.3.) Autocontratación del mandante, conflicto de interés y la regla general

Para comprender adecuadamente cómo reacciona el Código frente al autocontrato en el contrato de mandato y al conflicto de intereses, cabe hacer diversas distinciones: se partirá analizando qué acontece cuando el mandante prohibió convencionalmente la autocontratación; asimismo se analizará la situación que se genera cuando no existe dicha prohibición (ni legal ni convencional) y el mandatario ejecuta un autocontrato pero en conflicto con los intereses del mandante, y, por último, se estudiará cuando estando autorizado a autocontratar, el negocio celebrado en ejecución de dicha autorización, genera perjuicios al mandante por efectos del conflicto de intereses.

Respecto del primer punto, debemos dejar en claro que existiendo prohibición convencional de autocontratar, el mandatario que ejecuta el autocontrato incumple las reglas e instrucciones del mandato, por lo que el resultado de dicha infracción contractual será la inoponibilidad del autocontrato al mandante, por vulneración al artículo 2154 en relación al 2160 del Código Civil, ya que se entiende que el mandatario obró fuera de sus facultades, por lo que no obliga al mandante⁶⁰.

Luego, y respecto de aquellos casos en que no existe prohibición legal (artículo 2144 y 2145), ni convencional, se entiende que el mandatario podrá autocontratar, conclusión unánime dentro de la doctrina nacional⁶¹.

⁵⁶ Ospina, op. cit., N°428, p. 363.

⁵⁷ León, op. cit., N°229, p. 222.

⁵⁸ Saavedra, op. cit., p. 488. En el mismo sentido, León, op. cit., N°229, p. 223.

⁵⁹ Stitckin, op. cit., N°144, p. 306, señala que el acto es inoponible al mandante, pero no indica las razones de dicha afirmación.

⁶⁰ Saavedra, op. cit., p. 488, y Stitckin, op. cit., N°145, p. 307 que señala “si el mandante le ha prohibido la ejecución de actos jurídicos consigo mismo y el mandatario contraviene la prohibición, excede los límites de sus facultades, no obliga al mandante y queda responsable de los perjuicios, artículos 2154 inciso primero y 2160 inciso primero”.

⁶¹ En el mismo sentido, entre otros, Stitckin, op. cit., N°142, p. 301. Asimismo, Saavedra, op. cit., p. 488, indica que “no existe en nuestra legislación civil ninguna disposición general que prohíba en términos generales el autocontrato del mandatario; por

La discusión se hace más compleja al analizar aquellos casos en que no existe prohibición legal y tampoco convencional, pero en donde el mandatario ejecutó un autocontrato que implica oposición de intereses entre mandante y mandatario. En general, se sostiene que no será posible la autocontratación en dicho caso⁶², pero los autores difirieron en torno a la sanción de ineficacia del autocontrato ejecutado en conflicto de intereses.

En efecto, la primera tesis en torno a la sanción al autocontrato sostiene que siempre que exista o pueda existir un conflicto de interés en la celebración de un autocontrato por parte del mandatario, la sanción legal será la nulidad relativa. Así lo enseña el decano ALESSANDRI en su texto acerca del autocontrato, el que agrega que serán los jueces del fondo los que deberán establecer soberanamente, como cuestión de hecho, la existencia de un conflicto de interés (es decir, se establezca que el mandatario obró con conflicto de intereses que explotó en su beneficio), y los negocios celebrados serán nulos relativamente y generarán la responsabilidad civil del mandatario por los perjuicios provocados a su principal en caso de existir éstos⁶³.

La segunda tesis al respecto es de LEÓN, quien enseña que “debe entenderse que hay una prohibición tácita o presunta del mandante; y, en consecuencia, un acto celebrado en esas condiciones no afectaría al mandante, puesto que el mandatario no habría actuado “dentro de los límites de su mandato (artículo 2160)”⁶⁴, por lo que la sanción sería la inoponibilidad del autocontrato celebrado en conflicto de interés del mandante y del mandatario.

Por último, STITCHKIN sostiene que en el caso en estudio “cabe aplicar aquí la prescripción del artículo 2149, según la cual el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante, pues la

lo que debe entenderse admitido; salvo que así se hubiere prohibido en el propio mandato; o, que el autocontrato se refiera a la compra por parte del mandatario de las cosas que el mandante le haya ordenado vender, o para vender de lo suyo al mandante cuando éste le haya ordenado comprar (art. 2144) o, para que se refiera a un autocontrato de un mutuo de dinero, si el mandatario actúa como mutuario (art. 2145). Sin embargo, el negocio podrá realizarse válidamente, en el caso del artículo 2144 con la aprobación expresa del mandante, y en el caso del artículo 2145, con la aprobación expresa o tácita del mandante”. A la misma conclusión ha arribado la doctrina colombiana, para quienes “la regla general es la de que el mandatario sí puede contratar consigo mismo el negocio encomendado, mientras la ley no se lo prohíba o exija aprobación del mandante, como los casos contemplados por los artículos 2170 y 2171”, véase Ospina, op. cit., N°428, p. 363. Por último, cabe señalar que Alessandri Besa, La Nulidad, N°987, p. 853, citado por León, op. cit., N°228, p. 222, indica que: “En la extralimitación de facultades, el mandatario carece de poder para representar y obligar a su mandante porque éste no le ha dado esas atribuciones. El mandatario que ejecuta un acto rebasando los límites de su mandato no infringe ninguna disposición legal; el acto es válido, pero inoponible al mandante. 62 León, op. cit. N°231, p. 224.

63 Alessandri, op. cit., N°64, p. 119, quien indica que “Si el autocontrato del mandatario puede significar un peligro para el mandante, por el conflicto de intereses que provoca, tampoco le es lícita su celebración, aunque no exista una prohibición formal al respecto. En este caso, existe, en realidad, una prohibición tácita o presunta del mandante, que considero innecesario expresar, porque, conociendo el conflicto de intereses que necesariamente provocaría el autocontrato, no pudo admitir la posibilidad de que el mandatario, que estaba obligado a ejecutar leal y fielmente su mandato, procurando obtenerle el mayor beneficio posible, se apartara del cumplimiento de su deber para beneficiarse a sí mismo con el negocio encomendado”. Agrega asimismo que el mandatario “no puede contratar consigo mismo: 1°.- cuando el mandante se lo ha prohibido expresamente; 2° cuando el auto contrato constituya un peligro para él por el conflicto de intereses que suscita, en cuyo caso hay una prohibición tácita o presunta; y 3° cuando la ley se lo prohíbe”, op. cit. N°62, p. 118.

64 León, op. cit. N°231, p. 224.

autocontratación en tales condiciones importa un daño al mandante en beneficio particular del mandatario. Por otro parte, el artículo 2134 dispone que la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, “sino los medios por los cuales ha querido que se lleve a cabo”. Si el autocontrato, por ser peligroso para el mandante, no ha podido ser querido por éste como medio de ejecución del negocio encomendado, es evidente que al celebrarlo el mandatario infringe el contrato y es responsable de los perjuicios. Aparte de que el mandatario no sería obligado por ese acto, pues el mandatario habría excedido los límites de sus poderes en los mismos términos que si se le hubiere prohibido explícitamente, artículo 2160⁶⁵. El autor en estudio sostiene que en este caso, no basta la existencia de un conflicto de intereses en abstracto para efectos de establecer la sanción de inoponibilidad, sino que es necesario además que se causen perjuicios al mandante, ya que las razones no serían de orden público sino que privado, por lo que faltando daño, el mandante no tiene interés en la acción⁶⁶.

Creemos que no existiendo ni prohibición ni autorización para autocontratar, el mandatario podrá ejecutar autocontrato, pero jamás podrá posponer el interés del mandante a los suyos propios, por ello, son inoponibles en virtud del artículo 2160 del Código Civil, por exceso de poder, ya que del contrato de mandato se derivan deberes de lealtad, confianza o fidelidad que deben ser respetados por el mandatario ya que integran el contrato y son ley para las partes. Una actuación desleal del mandatario contra el mandante no puede ser amparada por la ley del contrato, implican un exceso de poder, aún basándose en autorizaciones tácitas o expresas del mandante, puesto que otra conclusión al respecto atentaría contra el principio de la buena fe contractual (que para estos efectos, es parte integrante del contenido normativo del contrato de mandato, artículo 1546) y, además vulneraría el principio jurídico de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo (artículo 1465, 1468, 1683)⁶⁷. Evidentemente, además quedará a salvo la acción de indemnización de perjuicios contra el mandatario (artículo 2154); el mandante podrá dispensarse de cumplir las obligaciones derivadas del contrato de mandato (artículo 2158), y por último, autorizará la terminación –revocación- del contrato de mandato (artículo 2165)⁶⁸.

65 Stitckin B, David, *El mandato civil*, Santiago de Chile, 1989, Editorial Jurídica de Chile, N°142, p. 302. León, op. cit., N°228, p. 224 en nota a pie de página indica que la interpretación del artículo 2149 se refiere a otra materia, como lo es el perjuicio que pueda derivarse del negocio mismo encomendado sin considerar la intervención del mandatario, queda claro el principio de la prohibición tácita de ejecución de un autocontrato en conflicto de intereses del artículo 2134, indica “aquí aparece la voluntad tácita o presunta del mandante de que el mandatario no autocontrate si ello va en perjuicio del mandante”.

66 Stitckin, op. cit., N°142, p. 302.

67 Una tesis similar, concluyendo en todo caso la nulidad del autocontrato, la plantea Saavedra, op. cit., p. 482, pero no fundamenta el vicio de nulidad que afectaría al autocontrato: “La relación representativa, tal como ya vimos, tiene su fundamento en la confianza y fidelidad que debe existir entre representante y representado. Por ello, cuando el gestor, utilizando su poder de representación, autocontrata colisionando los intereses de su poderdante, está utilizando su poder para una finalidad distinta de la perseguida por su poderdante y en función de unos intereses también distintos. Por tanto, el contenido del autocontrato, fuera de toda duda, no debe significarle perjuicio alguno al representado; lo que, normalmente, ocurrirá cuando existan circunstancias y límites objetivos que eliminen cualquier conflicto de interés; caso contrario, el acto es anulable”

68 Resulta interesante la sanción que establece el artículo 2156 del Código Civil en tanto obliga al mandante que utilizó dineros del mandante en su propia utilidad. Al efecto, la norma será que “debe al mandante los intereses corrientes de dineros que éste haya empleado en utilidad propia”, de lo que sigue que el mismo infringió una norma anterior, y por eso se encuentra en mora desde dicho momento, debiendo los intereses desde que desvió el uso de los recursos que le proporcionó el mandante.

Por último, queda por analizar el caso en que se haya autorizado expresamente al mandatario a autocontratar, pero el autocontrato genera perjuicios al mandante. En este caso, el negocio será válido⁶⁹, salvo que se establezca la existencia de algún vicio de nulidad del negocio (mandato o autocontrato expresamente autorizado), según las reglas generales, pensando en el dolo, hay que recordar que jamás podrá condonarse el dolo futuro (1465), aún cuando se haya autorizado la autocontratación⁷⁰. En todo caso, y aún cuando se deba respetar el autocontrato, quedará la acción de perjuicios por incumplimiento del contrato de mandato por el mandatario.

2) Administración de personas jurídicas

Respecto de la administración de personas, hay acuerdo en que se aplican los mismos principios antes indicados, de lo que se sigue que la autocontratación debe considerarse admitida⁷¹.

Para el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, el artículo 552 dispone que en el exceso de poder no obligan a la fundación o corporación, de modo que se aplican iguales conclusiones que las indicadas para el caso del mandato (artículos 2154 y 2160), y, para el caso de la sociedad civil, se aplican las reglas del mandato, por lo que los artículos 2144 al 2149 del Código Civil tienen relevancia para estos efectos⁷².

Por último, resulta interesante de destacar la regulación comercial dictada acerca de las sociedades individuales de responsabilidad limitada, Ley N°19.857. En efecto, el artículo 10 de la citada ley dispone que “Los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contratos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento. / La pena del delito contemplado en el número 2° del artículo 471 del Código Penal, se aplicará aumentada en un grado si fuere cometido por el titular de una empresa individual de responsabilidad limitada”, por lo que ha regulado especialmente la situación de la autocontratación en este tipo de personas jurídicas. En el caso indicado, se optó por aceptar la validez de dichos autocontratos, estableciendo los requisitos para que los mismos tengan valor y creando un agravante penal para quienes utilicen la figura para fines defraudatorios de sus acreedores⁷³.

69 Así también Alessandri, op. cit., N°67, p. 122, dado que el mandante es soberano al respecto y su voluntad debe acatarse.

70 Alessandri, op. cit., N°67, p. 122.

71 Saavedra, op. cit., p. 488

72 Así lo ha resuelto la jurisprudencia nacional. Véase la sentencia de la Corte Suprema, casación en el fondo, 9 de Julio de 2001, “Herrera con Inversiones Otoñal”, ya citada, pero la Corte incurre en el error de calificar la sanción de ineficacia como inoponibilidad en circunstancias que correspondía aplicar la nulidad relativa del autocontrato (artículo 2144).

73 Sobre el punto, se discute en torno a la naturaleza de los requisitos indicados en el artículo 10, es decir, se trata de requisitos de validez del autocontrato o sólo de oponibilidad a los terceros. Véase la discusión al respecto en González Castillo, Joel, Empresas Individuales de Responsabilidad limitada, Lexisnexis, 2003, p. 71; Concha Gutiérrez, Carlos, La empresa individual de responsabilidad limitada, en Revista del Abogado, N°27, Santiago, abril de 2003; y Prado Puga, Arturo, Aspectos comerciales de las empresas individuales de responsabilidad limitada, en Seminario Empresas Individuales de responsabilidad limitada E.I.R.L., Ley N°19.857, Santiago, abril 2003.

b.4.) Conflicto de interés y otros casos del Código Civil y del Código de Comercio

Además de las hipótesis referidas a la autocontratación, hemos encontrado otros preceptos en que de alguna forma se enfrenta un interés ajeno al propio y se plantea el que hemos denominado “dilema de posponer el interés ajeno al propio”.

En el ámbito del derecho civil, cabe agregar el contrato de comodato o préstamo de uso que es otro buen ejemplo⁷⁴. La norma de interés en este contrato la encontramos en el artículo 2178 N°3 del Código Civil que dispone que el comodatario es responsable del caso fortuito “cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya”, es decir, se aumenta el nivel de responsabilidad, haciéndolo cargo del caso fortuito inclusive⁷⁵.

Aquí, el comodatario se enfrenta al siguiente dilema frente al caso fortuito o fuerza mayor, salvar una cosa de su propiedad o bien salvar la cosa ajena que ha sido facilitada para su uso gratuitamente. La norma resuelve el dilema recurriendo a la idea “deliberadamente”, cuando el deudor “deliberadamente” hace primar su interés (cosa propia) por sobre el interés ajeno (cosa prestada). “Deliberadamente” significa que “a sabiendas” ha optado por salvar su cosa pudiendo hacer lo propio con la ajena que ha sido facilitada gratuitamente.

En el Código de Comercio, cabe agregar los casos de los comisionistas y comisionados, en donde el comisionista no puede, salvo autorización expresa, realizar autocontratos, ya que la ley comercial frente al conflicto de interés, toma la opción más drástica, considerando dicha actuación como una prohibición que no puede ser utilizada en beneficio del comisionista y en perjuicio del comitente⁷⁶.

En efecto, el principio del artículo 271 del Código de Comercio es más estricto en materia comercial que en materia civil, la prohibición legal es general, y la solución es lógica, ya que “se justifica esta solución por los peligros que tal operación encierra. El comisionista, a diferencia del mandatario ordinario, es un comerciante que va tras lucro mercantil. Siendo así hay más probabilidades de que sacrifique el interés de su comitente al suyo propio”⁷⁷.

74 El contrato de comodato o préstamo de uso es un contrato real en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

75 En la historia del precepto en comento (Proyecto de 1842, tít. XXIX,) el N° 3 decía: “Cuando ha podido preservar de un accidente previsto la cosa prestada, empleando la suya, o si no pudiendo preservar más que una sola de ellas, ha preferido la suya”, lo que inclusive da a entender que el deudor se hacía responsable por culpa, sin recurrir al adjetivo “deliberadamente”.

76 Alessandri, op. Cit., N°94, p. 148: “La situación del comisionista por lo que hace a su facultad de celebrar actos jurídicos consigo mismo, es enteramente opuesta a la del mandatario, porque mientras la regla general al respecto de éste es que pueda contratar consigo mismo, salvo que el mandante o la ley se lo prohíban, por lo general, no puede constituirse contraparte en el contrato que se le ha encargado celebrar, a menos que el comitente le dé autorización formal al efecto”.

77 Alessandri, op. Cit., N°96, p. 150. Igualmente se trata el caso del corredor, como mandato comercial, la prohibición es absoluta, no puede celebrar ningún autocontrato, así lo disponen los artículos 57 y la sanción será la nulidad absoluta, véase al respecto Saavedra, op. cit., p. 489; León, op. cit, N°235, p. 226.

b.5.) Conclusiones especiales frente a la autocontratación civil: la autocontratación y la prevención y reacción orgánica del Código Civil frente al conflicto de interés

Tal como indicamos, en los casos citados, tanto de representación legal y convencional, el Código Civil adopta una posición acerca del conflicto de intereses: reacciona contra éstos.

Cabe desde luego señalar que dicha reacción no es uniforme, sino que variará según la entidad del conflicto de interés, la posición que tenga el representante y representado, el tipo de representación y el contrato que al respecto exista. La prevención y reacción irá en algunos casos contra la eficacia del acto o contrato ejecutado en conflicto de interés, en otros casos, implicará la obligación de indemnizar los perjuicios que se generan con dicho acto en infracción al conflicto de interés y, por último, autorizará la remoción (revocación en su caso) del representante que obró en perjuicio del representado. Seguiremos el mismo orden para exponer estas conclusiones.

1) Normas preventivas de los conflictos de interés en la autocontratación

El modelo típico de regulación preventiva de los conflictos de interés en la autocontratación recurre a la lógica de las prohibiciones e incompatibilidades para desempeñar determinados cargos o funciones. Estas normas tienen como primera finalidad prevenir o impedir que en ciertos casos se autocontrate, por lo que usualmente, en los casos legislados, la violación de la prohibición implicará la nulidad absoluta del acto o contrato, particularmente en las representaciones legales de terceros ya estudiadas⁷⁸. Complementando las prohibiciones, se establece la responsabilidad civil, incluso penal, de los representantes, la agravación de responsabilidad, el establecimiento de cauciones y fianzas (tutores y curadores), entre otras medidas preventivas además de la técnica de la prohibición absoluta.

2) Sanciones de ineficacia al autocontrato ejecutado en conflicto de interés: diversas hipótesis y la regulación general

Respecto de las sanciones de ineficacia del acto celebrado con explotación del conflicto de interés por el representante a través de la figura del autocontrato, existen diversas formas en que se sanciona dicho acto. En todo caso, creemos que la conclusión es diversa según sea el interés de que se trata⁷⁹, ya que por cierto no podemos asimilar la protección que le otorga el legislador al incapaz de las que le entrega al privado que recurre a la representación convencional, como el mandante. Por ello, más que dar una regla uniforme de reacción contra el autocontrato, lo que habrá que establecer es la importancia de la reglamentación, y, en base a ella, establecer la sanción. Así se sostiene desde antiguo “las atenuaciones así aportadas al principio de libertad de contratar consigo mismo y el dominio de aplicación de

⁷⁸ Barcia Lehmann, Rodrigo, Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico, en *Temas de Responsabilidad Civil, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colecciones de Derecho Privado*, Santiago de Chile, 2004, Editorial Universidad Diego Portales, p. 135, encuentra fundamentos de dos tipos para la existencia de este tipo de normas, a saber: las partes no están en condiciones ex - ante de acceder a toda la información de lo que pueda suceder ex - post; y, la necesidad de certeza que requiere el Derecho de los Contratos para desarrollar, evitando fraude a terceros.

⁷⁹ Así, Ospina, op. cit. N°430, p. 364 enseñan que “es absoluta cuando la prohibición obedece a la defensa del orden público o de terceros, y es relativa cuando se endereza a la protección del interés privado de alguna de las partes”.

éste varían, por otro parte, según la índole de la misión del representante: protección legal de los incapaces, representación convencional de los particulares, en fin, gestión de los intereses de una persona jurídica⁸⁰.

2.1) Ineficacia por nulidad absoluta o relativa.

La alternativa de la nulidad absoluta está presente en las autocontrataciones con infracciones a normas prohibitivas (imposibilidad absoluta), como los casos de los artículos 1796 y 412 inciso 2º, entre otros.

La opción de la nulidad relativa estará presente en los casos donde es posible jurídicamente la autocontratación, pero donde la exigencia (habitualmente aprobación, autorización o formalidad) está establecida en la ley y no en el contrato que regula la relación jurídica⁸¹. Cuando la prohibición es contractual, la sanción será la inoponibilidad (cuando hay exceso de poder) como en el mandato.

Creemos, por el sistema de nulidades de nuestro Código, que no es posible establecer como criterio general la nulidad relativa en caso de autocontratación con conflicto de intereses, dado que las sanciones de nulidad no pueden ser creadas en forma analógica y sin texto que expresamente configure la sanción específica, así lo enseña acertadamente LÓPEZ, para quien estas normas deben “interpretarse en sentido estricto”⁸².

Aún cuando puede considerarse abusiva la actuación del representante que actúa en conflicto de interés, la salida no es la nulidad relativa del contrato, dicha situación debe ser resuelta por la vía de la inoponibilidad aún cuando algunos han planteado que podría resolverse por la vía del vicio de dolo del representante en la formación del consentimiento del contrato⁸³. Sin embargo, dicha solución (sanción de ineficacia vía dolo contractual) tiene el inconveniente técnico-jurídico de que esta solución choca con los principios del dolo como vicio del consentimiento: en realidad, la institución está configurada para el cocontratante del agente provocador del engaño, y no para el mandante del agente del dolo, quien no tendría esta acción de nulidad relativa por este defecto.

2.2) Ineficacia por inoponibilidad

La ineficacia del autocontrato a través de la inoponibilidad se dará en todos aquellos casos en que la prohibición de autocontratar sea establecida convencionalmente o en aquellos en donde no exista prohibición pero se explote un conflicto de

⁸⁰ Planiol-Ripert, op. cit., N°69, p. 96.

⁸¹ Saavedra, op. cit., p. 485.

⁸² López Santa María, Jorge, Los contratos, Parte General, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 224. Concluye analizando el caso de la compraventa, artículo 1796, que “La prohibición es, en este precepto, exclusivamente aplicable a la compraventa. Por lo cual, en principio, son válidos otros autocontratos entre tales personas”.

⁸³ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, Cultural S.A, Habana, 1936, N°69, p. 95, quienes agregan “que los abusos, en caso de darse, nunca quedarán impunes, ya que el representante está obligado a rendir cuentas de su gestión, siendo responsable del cumplimiento de su misión respecto al representado. Por tanto, si dio preferencia a sus intereses sobre su deber, el representado podrá anular el acto viciado de abuso o dolo, que resultará en su perjuicio, o al menos obtener la reparación pecuniaria adecuada al perjuicio sufrido”

interés en perjuicio del mandante⁸⁴. Habrá, en estos casos, infracción al principio de la buena fe y del deber de lealtad⁸⁵.

3) Indemnización de perjuicios y explotación de conflicto de interés

En los casos citados, sin perjuicio de la sanción de ineficacia que afectará al autocontrato mismo, surge el derecho del representado para ser indemnizado de los daños y perjuicios que la actuación de su representante le haya provocado, según los regímenes de responsabilidad civil que corresponda (contractual o extracontractual).

El fundamento de la obligación de indemnización de perjuicios por explotación del conflicto de interés estará en la especial relación que vincule a las partes, por ejemplo, en el caso de los tutores o curadores, la norma clave será el artículo 544; en el caso del mandatario la norma esencial será de naturaleza contractual (particularmente aplicables serán los artículos 2129, 2154, 2160 y 2161 inciso 2º), dejando a salvo, por cierto, la persecución criminal por los delitos cometidos por el representante que desvió el poder a fines indebidos. La indemnización deberá comprender la restitución del monto pagado por la operación celebrada en conflicto de intereses, lo que supondrá indemnizar el daño emergente, el lucro cesante y en la medida que sean previsibles y propios de la relación jurídica, los daños morales causados al representado (artículo 1558).

El efecto restitutorio de la nulidad alegada del autocontrato, cuando dicha sanción sea la que corresponda, implicará restituir a las partes al estado anterior (artículo 1687), lo que supone además dejarlas indemnes, y restituir la posesión de la cosa que haya sido transferida a causa del autocontrato cuando el título (autocontrato) era traslativo de dominio (efecto de la nulidad respecto de terceros por efecto de la acción reivindicatoria, artículo 1689), pero en todo caso la posesión del representante estará amparada en un título injusto (artículo 704 N°3), igual conclusión

84 Otero Alvarado, Gerardo, *La autocontratación o el contrato consigo mismo*. Contratos. Coordinación Enrique Barros Bourie. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 143-144, cito textual: “un nuevo problema se presenta relativo a la sanción aplicable en el caso de una autocontratación que no sea aceptable como consecuencia de los principios de buena fe y no enriquecimiento sin causa a costa ajena, a que nos hemos referido precedentemente. En estos casos, no tratándose de impedimentos legales, nos inclinamos por pensar que la sanción procedente no sería la nulidad sino la inoponibilidad para aquel que prohibió la autocontratación o para el representado que resultó perjudicado como consecuencia directa de una contraposición de intereses entre los titulares de los patrimonios involucrados. Además, la inoponibilidad aparece como la sanción más adecuada, toda vez que, por una parte, el que prohibió la autocontratación o el que resultaría perjudicado por la contraposición de intereses no se ve alcanzado por los efectos del contrato en cuestión a menos que consienta en ello, y, por otra, éste será válido, con las consecuencias que ello trae consigo”.

85 Cfr. Saavedra, op. cit., p. 481. En efecto, sostiene que “la autocontratación prohibida por el poderdante constituye un supuesto de abuso y no un exceso de poder, porque no es lo mismo un abuso en la representación, que un ejercicio extralimitado de la misma. En efecto, tal como ya vimos, abuso en la representación significa utilizar el poder con una finalidad y unos intereses distintos de los del poderdante; en cambio, la extralimitación supone solamente un traspaso de los límites formales del respectivo poder. El apoderado ha de actuar siempre dentro de los límites que la propio representación le impone: la tutela del representado y el ejercicio de la representación conforme a la buena fe”.

cuando se trate de aquellos casos estudiados anteriormente donde la sanción de ineficacia sea la inoponibilidad, pero en este caso el título es injusto porque ha sido “conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo”, artículo 704 N°2.

4) Remoción del representante legal y convencional

Por último, es evidente que el representante que actuó en infracción a los deberes que le imponía la relación jurídica, como ocurre en la ejecución de un autocontrato con conflicto de interés y perjuicio directo al representado, deberá cesar en la ejecución de la representación que ostentaba⁸⁶.

c) LOS CONFLICTOS DE INTERÉS Y LA INFRACCIÓN AL DEBER DE LEALTAD

Un segundo punto vinculado al conflicto de intereses en las normas que informan el derecho común del Código de Bello lo encontramos en el *deber de lealtad*. Cabe desde luego adelantar que esta cuestión ha pasado generalmente desapercibida para la doctrina, pero, sin lugar a dudas, puede tener una aplicación de mayor extensión que el fenómeno de la autocontratación.

En efecto, el rol del deber de lealtad es primordial en ciertas relaciones jurídicas caracterizadas por la fidelidad, reciprocidad y confianza. La vinculación al análisis de los conflictos de interés en el Código Civil está dada porque el deber de lealtad impone una serie de deberes de conducta caracterizados por la fidelidad, deberes que se ven infringidos precisamente cuando un sujeto, aprovechándose de dicha relación de confianza, abusa realizando actuaciones en perjuicio del principal o representado, posponiendo el interés administrado por el propio del administrador (el conflicto de interés es evidente).

Dicha conducta es a todas luces desleal, implica un abuso de confianza, y por cierto vulnera el principio normativo e integrador de las relaciones contractuales de la buena fe.

c.1.) Del deber de lealtad en general

Tal como insinuamos, la cuestión del deber de lealtad, su contenido, alcances y fundamentos no ha sido estudiado con detención por la doctrina nacional⁸⁷. Dicho silencio no ha sido óbice para que nuestros tribunales le apliquen en materia laboral para complementar -con los deberes éticos jurídicos- la relación laboral entre

⁸⁶ Esa es la fórmula que establece nuestro Código, así véase el caso del tutor y curador (remoción por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, artículo 539 N°2), para el padre de familia respecto del hijo sujeto a patria potestad (derecho a quitar la administración por dolo o grave negligencia habitual, artículo 257), mandatario (revocación del artículo 2165), para el albacea (remoción por culpa grave o dolo del artículo 1300), entre otros casos.

⁸⁷ Sólo en forma residual en los textos de derecho civil, más en el derecho comercial y económico ha sido abordado pero sin profundizar el fundamento de derecho común del deber en cuestión, particularmente véase Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio, Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América, en Revista Chilena de Derecho, 2004, volumen 31, N°2, pp. 239 a 268.

mpleador y trabajador^{88,89}; también en los deberes recíprocos de lealtad entre los miembros de una corporación⁹⁰, e incluso en el mandato comercial, cuando el mandatario prioriza su interés por sobre los del mandante, reteniendo indebidamente dineros de éste para seguridad de eventuales incumplimientos⁹¹, aplicando en consecuencia, el deber de no priorizar el interés propio y sacrificar el ajeno que está siendo administrado.

El deber de lealtad “se construye sobre la base de un principio básico, el de prioridad del interés del cliente, lo que implicará que los intermediarios jamás deben anteponer los intereses propios a los de sus clientes, lo que quiere decir que debe existir una clara parcialidad a favor del cliente”⁹² y de *imparcialidad* entre distintos clientes con diversos intereses que están siendo representados por el agente.

88 RDJ, t. XCVII, N°3, sec. 3°, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de Octubre de 2000, cuyo considerando 7° reproducimos a continuación: “7°.- La moderna doctrina relativa al derecho de las obligaciones viene haciendo objeto de consideración creciente el dualismo “deberes de prestación-deberes de conducta”, en orden a enfatizar en qué medida la relación obligacional que emana de un contrato, el de trabajo, en la especie, además de sus posiciones activas y pasivas de crédito y débito, tiene la virtualidad de establecer o hacer exigibles ciertos comportamientos —de acción o de omisión— que se adicionan a los deberes primarios de connotación patrimonial impuestos por la ley, calificando o descalificando el cumplimiento íntegro y oportuno de éstas, deberes de conducta que tienen una connotación ética, introduciendo pautas axiológicas al contenido obligacional propiamente patrimonial del contrato. La fuerte injerencia que los principios éticos ejercen en el ámbito laboral obedece, en primer término, a la especial naturaleza que reviste la relación que surge de la celebración de un contrato de trabajo, el que origina una relación jurídico-personal, esencialmente de confianza, debido a que la relación laboral involucra a dos sujetos que han convenido, sobre bases de solidaridad y colaboración, complementar y aunar sus fuerzas para enfrentar el destino común elegido, y no a sujetos extraños o desvinculados que, por circunstancias accidentales y transitorias, se encuentran vinculados contractualmente. De otra parte, la existencia y cumplimiento de las obligaciones de contenido ético jurídico emanan de la aplicación, en el ámbito laboral, de un principio general del derecho, cual es la ejecución de buena fe de los contratos, expresamente consagrado en el artículo 1546 del Código Civil. Entre los comportamientos o deberes éticos que el contrato de trabajo impone a las partes merece especial consideración el deber de “lealtad” o de “fidelidad”, que constituye un deber recíproco, en cuanto resulta exigible tanto al trabajador como al empleador, cuya forma de cumplimiento es diferente según la parte obligada de que se trate. Así, en lo que interesa, la lealtad o fidelidad obliga al empleador, en el marco de la relación de trabajo, a prestar protección y asistencia al trabajador y a suprimir todo aquello que sea apto para causarle algún perjuicio en sus intereses, especialmente en su salud...”.

89 En un fallo de la Corte Suprema, casación en el fondo de 28 de mayo de 2002, causa Valdés con Servicios S.A.I.C., se dispuso “En el caso en examen, los jueces del mérito no ponderaron y valoraron toda la prueba que obra en el proceso —cláusula contractual que prohíbe al trabajador ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador, y declaraciones, en causa penal, de la demandante, de su marido y de un tercero, que configuran la actuación que le estaba prohibida a aquélla de acuerdo con la mencionada cláusula contractual— vicio que influye en lo dispositivo del fallo y que faculta al tribunal superior para invalidar de oficio la sentencia recurrida, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil”.

90 R.D.J., t. LXXXII, N°2, secc. 2°, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 22 de abril de 1985, caratulos “Rodríguez y otros con Directorio de la Federación de Rodeo de Chile.

91 Causa caratulada “Comercial Agropecuaria Menichetti S.A.I. con Banco del Estado de Chile”, sobre Amparo Económico/Ley N° 18.971, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de enero de 1995. En el considerando 8° se señala: “Que conforme a lo señalado, respecto de la Sociedad recurrente el Banco del Estado de Chile tiene la calidad de mandatario y, habiendo percibido el crédito que se obligó a garantizar, sólo le corresponde ponerlo a disposición de su mandante, sin que pueda servirle de excusa sobre el particular, eventuales incumplimientos de obligaciones de lo convenido por las partes, ya que si así fuere, debe ventilar estos asuntos en la sede jurisdiccional correspondiente. De otra manera, sería permitirle que solucionara su conflicto de intereses aprovechando la situación de preeminencia en que se encuentra en relación al deudor, ya que no resulta concebible que un mandatario mantenga en su poder dineros de su mandante indefinidamente para seguridad de una operación crediticia en que tiene interés”.

92 Tocornal, op. Cit., p. 97.

De ahí que el deber de lealtad se presente usualmente en las relaciones jurídicas en que el elemento confianza es estructural, cuestión que no sólo aparece en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha relación, sino que se proyecta en diversas materias del íter contractual. El caso emblemático es el contrato de mandato en virtud del cual se confía la gestión de uno o más negocios (artículo 2116)⁹³.

c.2) Fundamentos del deber de lealtad

Los fundamentos del deber de lealtad emanan de la confianza que se ha depositado en el agente por parte del principal, a mayor libertad y discrecionalidad del mandatario, mayor deberá ser la contrapartida de fidelidad que le debe a su mandante⁹⁴⁻⁹⁵.

La lealtad deriva del acto de confianza originario que estatuye la especial relación jurídica que se crea⁹⁶, que podrá ser la ley o el contrato, como en el mandato, en el fenómeno de la representación legal y convencional, o en los servicios profesionales de gestión de negocios ajenos, etc.

Normativamente, se incorpora supletoriamente a la relación jurídica en virtud de los deberes y obligaciones que emanan de la *buenafé objetiva contractual*, ya que en todo contrato se imponen deberes de conducta más allá de lo expresamente pactado⁹⁷, sin perjuicio de que en otros casos, directamente es la ley la que impone actuar lealmente, como en el caso del artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas o de todos aquellos que administran fondos o patrimonios de terceros⁹⁸.

c.3.) Implicancias normativas contractuales del deber de lealtad

El principal efecto del deber de lealtad consiste en que obliga a actuar fielmente al mandante o principal, velar por sus intereses por sobre otros intereses. De este

93 Sobre el punto, Stitchkin, op. cit., N°26, p. 32, quien indica que el mandato es un contrato de confianza, y que de aquellas circunstancias se derivan una serie de consecuencias, como la facultad de revocación del mandato, la intransmisibilidad de las obligaciones del mandatario, la muerte como factor de término del contrato, pero llama la atención que no cite la obligación de lealtad del mandatario frente al mandante.

94 La importancia de la confianza dentro de la administración de las sociedades y corporaciones es un elemento clave, “generar confianza, entonces, implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro (v.gr., la eficiencia y seguridad de la empresa) y es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse a la misma y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo”. Luego, la confianza tiene un valor económico, el mercado debe crear confianza, ya que facilita la gobernabilidad de la función de gestión económica, reduce gastos de recopilación de información, y quien infringe la confianza actuando deslealmente, deberá reparar los daños. Sobre el punto, véase Ghersi, Carlos Alberto, Cuantificación económica: daños por gestión empresarial: responsabilidad de directores, administradores y representantes, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 74 y siguientes.

95 Mismo efecto se produce con el carácter de profesionales especialistas frente al lego, sobre el punto, véase Stiglitz, Ruben y Stiglitz Gabriel, Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información, Abeledo-Perrot, 1992, Buenos Aires, p. 68: “Pero lo cierto es que el carácter de especialista acrecienta el deber y agrava su responsabilidad; al ilustrado se le exigirá que tome la iniciativa y el criterio de apreciación en el punto será más severo. Y si la relación está basada en la confianza, se acentuará aún más”.

96 Zegers, Matías y Arteaga Ignacio, op. cit., p 263. Los autores indican que “El deber de obrar con lealtad es la contrapartida de la confianza depositada por los accionistas en la designación, y se vincula con el conjunto de facultades de las cuales ha sido investido el director para el cumplimiento del objeto social: facultades que han de ser ejercidas en el interés social”.

97 Como enseña Barros, op. cit, p. 20, la función de la buena fe “es completar el contenido del contrato, más allá de lo expresamente pactado o previsto por la ley, con el contenido normativo que se entiende atendida la naturaleza de la obligación o lo que establece la costumbre”.

98 Véase los casos indicados en el punto referido a la regulación económica del presente texto.

principal efecto se derivarán las demás consecuencias. Ser leal al representado implica informar determinados hechos que puedan perjudicarlo, pero sobre todo no priorizar otro interés que el que está siendo administrado, es decir, abstenerse de realizar actos que vayan contra el interés del principal⁹⁹, y, por cierto, no aprovecharse ni abusar de la posición para obtener un provecho personal indebido¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Quien infringe el deber de lealtad, vulnera los deberes que le impone la relación jurídica que le une con su principal, pero lo relevante es que abusa del *derecho-función* que le asiste. Dicho abuso es ilícito, ya que desvió el poder que ostentaba para fines no cubiertos por el derecho subjetivo mismo, de modo que no podrá ser amparado por el Derecho, deberá remediar los perjuicios provocados a su principal y restituir lo apropiado indebidamente en virtud de la desviación del poder con que ha actuado ilícitamente.

c.4) Reconocimiento normativo del principio de no priorizar otro interés

El deber de lealtad supone priorizar el interés del representado por sobre el propio, como ya lo hemos reiterado, cuestión que ha sido reconocida por la jurisprudencia en el caso ya citado acerca del mandato comercial¹⁰².

En todo caso, creemos que dicho principio derivado del deber de lealtad se encuentra diversos preceptos, pero particularmente en las normas que regulan el contrato de mandato, así, cabe citar al artículo 2146 inciso segundo, precepto que dispone que colocando el mandatario el dinero a mayor interés que el designado por el mandante, deberá abonárselo íntegramente; al artículo 2147 que le prohíbe al mandatario apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato y misma conclusión se aplica a la administración de sociedades, por efecto del mandato de sus representantes¹⁰³. En estos casos, el mandatario no puede quedarse con el exceso o provecho, porque eso implica desconocer el deber de lealtad que debe a su mandante.

99 Zegers, Matías y Arteaga Ignacio, op. cit., p 250, señalan que “esta obligación tiene también un lado pasivo (en las sociedad anónimas) que es abstenerse de realizar un acto que vaya en contra del interés de la misma (sociedad)”, y luego agregan que “este deber tiene un principio expreso reconocido en el caso de los conflictos de interés”.

100 Ib. Idem, p. 254.

101 Ver Tocornal, op. cit., 27, la autora señala que “podemos decir que el deber de lealtad es el deber general que tienen los administradores de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a costa de la sociedad. El deber de lealtad se entiende desde la perspectiva particular del principio de prioridad del interés del cliente, que es tanto como decir que los intermediarios deberán abstenerse de anteponer los intereses propios a los de su cliente. Si esto no es así estamos frente a una nueva dimensión del problema: los conflictos de interés”.

102 Causa caratulada “Comercial Agropecuaria Menichetti S.A.I. con Banco del Estado de Chile”, sobre Amparo Económico/ Ley N° 18.971, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de enero de 1995.

103 Alfaro Águila-Real, Jesús, La prohibición de autocontratar de los administradores de sociedades anónimas y limitadas, p. 12.

Por lo tanto, el principio tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento¹⁰⁴, lo que ha sido además recogido por la jurisprudencia nacional en el fallo citado.

c.5) La obligación de indemnizar, el deber de lealtad y otros puntos

La infracción al deber de lealtad se dará en todos aquellos casos en que se actúe deslealmente, pero particularmente cuando se priorice un interés ajeno al del mandante de donde se derivará la obligación de indemnizar los perjuicios causados a éste. En estos casos, se dirá que se infringió la obligación de fidelidad emanada de la relación jurídica, habitualmente convencional, sin perjuicio de las sanciones administrativas (a través de las agencias a cargo del mercado en que se actúa), disciplinarias (en caso de pertenencia a una asociación gremial) o penales (en caso de existir delito especial asociado a la conducta)¹⁰⁵.

Respecto del elemento subjetivo para efectos de configurar la obligación de indemnizar los perjuicios se ha señalado que bastará, en los casos de abuso del *derecho-función*, acreditar “el hecho de actuar de un modo contrario a la moral o a la buena fe” que configura “una infracción objetiva a los deberes de conducta inexcusables que una persona razonable tiene que observar en sus relaciones con los demás”¹⁰⁶.

Para que se produzca el efecto normativo indeseado (infracción al deber de lealtad) se requiere una actuación del agente (o una abstención, no haber realizado cierta acción debida, como haber impedir la conducta, etc), un abuso de la situación que ostenta (desviación del poder) y la infracción a la obligación derivada de la relación jurídica (deber de lealtad) a través de la priorización de otros intereses que los debidos (diversos de los intereses del representado o principal).

Hipótesis típicas de conflictos de interés en la administración de negocios ajenos son el fenómeno de autocontratación; de la fijación de la remuneración (y en general las modificaciones de las condiciones de su contrato, blindándose de medidas del principal); de la apropiación de oportunidades de negocios del principal, etc¹⁰⁷, y en todos estos casos, la obligación de lealtad está siendo infringida por el agente, quien deberá remediar los perjuicios provocados a su principal, según las reglas generales del régimen que gobierne la relación obligacional (legal o contractual).

104 Otros preceptos siguen la misma línea argumental, como el artículo 2125 (evitación de perjuicios aún en caso de no aceptación o excusa del encargo realizado a quienes se encargan de negocios ajenos) 2149 (abstenerse de cumplir mandato cuando es perjudicial al mandante), artículo 2150 (adoptar medidas conservativas aún en caso de imposibilidad de obrar con arreglo a las instrucciones del mandato) y artículo 2167 (renuncia del mandatario y evitación de perjuicios). Mismos casos se dan para el caso del mandato comercial (comisión), particularmente interesan los artículos 233 (contrato de confianza), artículo 251 (distracción de fondos e indemnización de perjuicios), artículo 271 (representación de intereses incompatibles y autocontratación prohibida), artículo 278 (derecho exclusivo a remuneración, jamás a cualquier provecho) y la sanción del artículo 276 (limitación de la remuneración a la mitad).

105 En la Ley de Sociedades Anónimas la responsabilidad por infracción al deber de lealtad deriva en la responsabilidad solidaria de los directores, artículo 41.

106 Barros, op. cit., N°42, p. 37, quien indica entonces que “resulta obligado a indemnizar quien daña a otro en un ejercicio abusivo de su derecho, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en infracción de un deber de cuidado, esto es, con negligencia”.

107 Alfaro Aguila-Real, op. cit., p. 2, quien cita en esto a Clark, Corporate Law, pp. 142.

IV.- CONCLUSIONES GENERALES: LA REACCIÓN DEL DERECHO FRENTE AL CONFLICTO DE INTERÉS

A través del presente ensayo nos hemos aproximado a la forma en que el Código de Bello abordó el conflicto de interés, tanto desde la perspectiva de la autocontratación como de la existencia de algunas obligaciones (como el deber de lealtad) que se incorporan a la relación jurídica en virtud del principio de la buena fe contractual (artículo 1546) y que precisamente delimitan el conflicto de intereses en el derecho común.

La conclusión, por tanto, es que el Código tiene normas que regulan el conflicto de interés: la importancia de estas normas es capital, ya que son supletorias para todos aquellos casos en que no existan normas especiales (particularmente en las normas del derecho económico) que regulen los conflictos de interés.

El deber de la dogmática del derecho privado será avanzar en estas líneas de estudio. En este punto, se nota un considerable atraso frente a la jurisprudencia de los tribunales de justicia que cada día deberán ir aplicando los principios aludidos frente al conflicto de intereses, todo demuestra que los mercados se irán profundizando, por lo que cada vez se plantearán cuestiones de conflictos de interés.

En definitiva, siempre existirá la tentación de resolver indebidamente el dilema que hemos planteado: posponer el interés ajeno al lucro propio. Es el rol del Derecho reaccionar contra estas conductas abusivas, ya que carece de amparo quien abusa de una posición de confianza, con infracción al deber de lealtad y consecuentemente con conflicto de intereses. No es más que el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Las dimensiones éticas de lo público

Fabián Corral Burbano de Lara

Por largo tiempo, algunas doctrinas, los lugares comunes predominantes y el proceso de simplificación del pensamiento, mantuvieron arrinconada a la ética en los oscuros rincones de la intimidad personal. Se esforzaron los pensadores en marcar distancias entre el derecho positivo y la moral y en convertir a la ley en puro objeto de la técnica jurídica, ícono neutro labrado por la lógica. Así, las constituciones, transformadas en creaciones ideológicas desconectadas de la realidad, se impusieron a los pueblos como vestuarios cortados por la sabia tijera del racionalismo.

La pretensión de moldear a las sociedades desde la caprichosa perspectiva de las doctrinas desembocó en las peores tiranías. El positivismo extremo y su hijo, *el despotismo de los legisladores*, fueron buenos aliados del totalitarismo.

América Latina es dramático ejemplo de la inadecuación de los sistemas normativos a la realidad y de la consiguiente ineficacia de la ley entendida como presupuesto ideológico abstracto, a tal punto que, sin apartarnos del rigor analítico, y más allá de las metáforas que inspiran los episodios públicos de nuestros países, se puede afirmar que lo que tenemos no son *estados de derecho* -según la clásica propuesta de los pensadores liberales- sino anómalos *estados sin derecho* donde prosperan los monopolios públicos y privados, un mercantilismo rampante y la frustración colectiva derivada, en parte, de la inseguridad jurídica, de la falta de proyectos nacionales que entusiasmen a la colectividad y de la frondosa expedición de reglas secundarias que, en la práctica, derogan las garantías constitucionales y neutralizan los derechos ciudadanos.

Pocos repararon, durante el auge del constitucionalismo formal que por ciento setenta años ha sembrado incertidumbre en Latinoamérica, que la democracia no es problema de reglas únicamente; que el estado de derecho no se edifica sobre el frágil terreno de los presupuestos teóricos; que la economía de mercado es tema que tiene que ver con la idiosincrasia y la cultura, y que debe estar empapada por la ética; que los gobiernos, su inestabilidad o su durabilidad, están vinculados con las lealtades que la gente común les presta y con la credibilidad que suscitan en cada ciudadano; que la ley rige eficazmente cuando se convierte en *costumbre social*, y que la vigencia jurídica de las normas debe estar avalada por la *vigencia social* de los supuestos en que la juridicidad se apoya.

Pocos admitieron que el ordenamiento legal debe plantarse en la cultura; que el sistema legal debe considerar, articular y defender los valores predominantes y respetar las nociones morales de la comunidad. La ilusión de la modernidad obscureció la capacidad de análisis y la humilde realidad dejó de tomarse en cuenta. Prevalcieron, entonces, las consideraciones hipotéticas, las brillantes abstracciones y la retórica discursiva. La ley se convirtió en ícono soberbio y la realidad fue vista como la especie hirsuta y montaraz que debía amoldarse a los cánones impuestos por los ilustrados.

Probablemente en la falta de sintonía entre la abstracción constitucionalista, el positivismo abstracto y la realidad cultural y social, esté la clave para entender lo que ocurre en América Latina y en Ecuador, cuyo drama radica en la eterna búsqueda de identidad política, en la permanente confusión pública y en los perversos sucedáneos generados para reemplazar, siempre provisoriamente, a instituciones que no cuajan y a los *deber ser* que no prosperan. Por eso, parece apropiado aproximarse en esta oportunidad a las dimensiones éticas de lo público y a las lealtades que deberían afianzar la democracia, es decir a los soportes extrajurídicos de la legalidad y a los referentes extrapolíticos de la política.

Si las instituciones de la democracia y el capitalismo quieren funcionar adecuadamente, deben coexistir con ciertos hábitos culturales premodernos que aseguren su correcto funcionamiento- dice Francisco Fukuyama- Y agrega: Las leyes, los contratos y la racionalidad económica, proporcionan unas bases necesarias pero no suficientes para mantener la estabilidad y prosperidad de las sociedades postindustriales; pero también es preciso que cuenten con reciprocidad, obligaciones morales, responsabilidad hacia la comunidad y confianza, la cual se basa más en un hábito que en un cálculo racional. Esto último no significa un anacronismo para la sociedad moderna, sino más bien el sine qua non de su éxito.¹

Lo que intento aquí, por cierto, es una somera y provisional aproximación a tan arduos temas bajo el presupuesto de que el Derecho, como ley (*Law*), y los *derechos* como potestades y poderes individuales (*rights*), tienen que ver con la ética y con la cultura y que lo público no se agota en la Constitución, ni en las instituciones, ni en la burocracia, ni en los noticieros ni en los titulares de primera página.

El imposible gobierno desde arriba²

Es una quimera suponer que sin la virtud del pueblo, alguna forma de gobierno pueda asegurar la libertad o la felicidad, escribió James Madison. Así, con certeza y claridad, aludió al tema de la insuficiencia de los poderes entendidos exclusivamente como potestades legales desconectadas de sus bases de legitimación social y de participación ciudadana. **Podemos decir, en la línea de pensamiento de Madison, que el buen gobierno exige buen pueblo.**

Efectivamente, temas como la gobernabilidad, la eficiencia de las instituciones, la devaluación del servicio público, la credibilidad de la autoridad y la funcionalidad de la democracia tienen que ver con la necesidad, cada vez más admitida y creciente, de que el mundo jurídico que norma a la función pública busque su sustento no solo en la validez formal de las reglas, en su perfección técnica o en su razonabilidad ideológica, ni tan solo en su potencial representatividad política, sino, además, en una red extra legal de *lealtades* y valores que viniendo de la ciudadanía, la vinculen con el poder; que comprometan a la sociedad civil más allá del mandato jurídico y que coloquen a la autoridad en el incómodo pero necesario esquema de rendición de cuentas moral, que afiance y dote de soporte social a los métodos de control jurídico y a las responsabilidades legales.

1. Fukuyama, Francisco. Trust. 1995. pág.11

2. Adela Cortina habla del imposible estado de derecho, en Hasta un pueblo de demonios. 1998.

El *gobierno desde arriba* -entendido como el poder político formal, como autoridad y mando- y el Estado de derecho, son imposibles en la práctica -ineficaces en la terminología de Norberto Bobbio- si a las reglas jurídicas y a los controles políticos no se suman eficientes, oportunos y legítimos sistemas de control social implícito que operan desde el estado llano y en un ámbito distinto al de la ley. Eso supone, empero, que el pueblo tenga valores, que la conducta de la mayoría respecto de los asuntos de interés público funcione referida no solamente a *intereses* sino también a *lealtades*. Implica, por otra parte, que a la gente le *importe* el poder, y que correlativamente al poder le *interese* la credibilidad de los gobernados, no para manipularla con recursos demagógicos derivados de empleo cínico de los sondeos, sino para adecuar su conducta y sus estilos a las exigencias morales de la sociedad civil.

La coincidencia entre el interés y el entusiasmo de los ciudadanos por el buen gobierno -por su transparencia, honradez y eficiencia- y la correlativa importancia que los gobernantes den a la credibilidad pública como concepto ético, constituyen el nexo que hace posible el gobierno desde arriba. Y esto porque la gobernabilidad y la funcionalidad del sistema político tienen vinculación esencial con la confianza que es producto ciudadano que crece cuando la autoridad crea las condiciones para ello. La integridad en el manejo de la cosa pública potencia, suscita y despierta el *apetito de integridad* de la sociedad civil. Al contrario, la corrupción y el cinismo de gobernantes y partidos genera desaliento, tolerancia y admisión del ambiente de impunidad que es el más indicado para que prospere y se afiance la corrupción.

El poder necesita encontrarse- coincidir en algún punto- con la sociedad civil en el terreno de la ética. Si ese encuentro no se da, se devalúa la legitimidad de la autoridad y del sistema político, es decir, se evapora la justificación moral del derecho a mandar. En los problemas de ingobernabilidad está latente la deslegitimación de la función pública; probablemente por eso en los últimos tiempos aparece con tanta fuerza la necesidad de encontrar y reevaluar los soportes éticos de la autoridad, que pasaron de moda en los tiempos de auge de la modernidad positivista.

Estos razonamientos son más evidentes, y más acuciante la necesidad de ponerlos en práctica, cuando se examina el tema en la perspectiva de los gobiernos locales, porque ellos no son sino el *vecindario organizado* o la visión cercana de la política y del servicio público. Mientras más próximo esté el poder y la administración a la sociedad civil, más importante es el concepto de integridad y la cultura de transparencia que deben actuar no como sucedáneos de los controles jurídicos, sino como su soporte social. **Los valores o los antivalores- son el aire que respiran las instituciones. La cultura es el ambiente en el que se mueve la ley.**

La necesidad de una ética pública y de conductas leales de los gobernantes frente a las expectativas y aspiraciones de los ciudadanos, y, a la vez, la necesidad de que la sociedad civil milite activamente por la integridad, tienen que ver con la legitimidad del sistema democrático, porque ... *es difícil justificar la obligación de obedecer al derecho si tiene un nivel notable de corrupción.*³

3. Calsamiglia, Alberto. Cuestiones de lealtad. Madrid. 2000, pág. 23.

Más aún, ... el intento de "juridificar" las relaciones de poder y que éstas no tengan otro sustrato que el estrictamente jurídico puede ser una de las causas de la emergencia de la corrupción. Allí donde existen lazos jurídico-políticos reforzados por otro tipo de lazos de carácter social, la corrupción se dificulta.⁴

Victoria Camps, en la misma línea de pensamiento; escribió que Si los principios son insuficientes, también lo son las normas y las leyes. Lo son porque no todo se resuelve legislando ni las leyes son la mejor manera de hacer que funcione adecuadamente una comunidad de ciudadanos maduros y autónomos. Lo que cohesiona a la comunidad son las costumbres y la responsabilidad de los individuos frente a ellas. Montesquieu dijo que "cuando un pueblo tiene buenas costumbres, las leyes son sencillas."⁵

En otro texto, la misma Victoria Camps dice que... el deber de un gobierno democrático es ser transparente, hacer público lo que hace. También el deber ciudadano - y en especial el de los representantes del ciudadano: el parlamento- es exigirle al gobierno que explique por qué hace lo que hace o deja de hacer. Como hemos podido observar en la experiencia política reciente, la deslegitimación de los gobiernos no tiene su causa sólo en transgresiones de la ley denunciadas y sentenciadas por los jueces. Es la incoherencia ideológica, el incumplimiento de lo prometido, la inacción política, la omisión de respuestas lo que desilusiona a los electores y hace que cunda el descrédito.⁶

La necesidad de lo que llamaremos el vínculo ético entre el gobierno y la sociedad civil, tiene que ver con el hecho incuestionable de que los controles políticos, las reglas jurídicas y aún el escándalo no han sido medios de corrección suficientes frente a la corrupción, porque a todos aquellos métodos no les acompaña una red de lealtades, principios y valores que le importen a la gente y que actúen como apoyo y soporte de los controles legales. El inventario racional de esas lealtades, de esas responsabilidades y consideraciones cívicas, de esos referentes es lo que, con alguna impropiedad, se ha llamado *el código de ética* y lo que podría denominarse también *las reglas de integridad*.

Hay que advertir que esas reglas de integridad no pueden consistir en un código más o menos *juridificado* de reglas de comportamiento. Convertir a la ética en norma jurídica es grave error. De lo que se trata es de identificar, y quizá reconstituir, valores sobre los cuales una sociedad determinada ancle su vida, referentes que formen parte de sistemas de control social, conductas apreciadas por la comunidad, estilos de vivir y gobernar que coincidan con los perfiles de humanidad, compromisos y responsabilidades que la sociedad civil ha venido labrando en su cultura. Se trata de descubrir y hacer patentes los límites, iniciativas, formas de ser y hacer que coinciden con la jerarquía valorativa de una sociedad, y lograr por esa vía el rescate de la ética en los negocios y en el gobierno; se trata de comprometer conductas, generar o hacer patentes lealtades que la comunidad aprecia porque vive sobre ellas, porque encarnan sus ideales y porque, además, crean un ambiente de confianza que motiva e induce a comportamientos razonables.

Se trata de que la gente, mirando la acción de su gobierno -la transparencia de sus procedimientos y su eficiencia llegue a *creer* en él, y que esa credibilidad evapore las dudas que el ciudadano usualmente tiene acerca de la utilidad de pagar impuestos,

4. Op. cit, pág. 23.

5. Camps, Victoria y Salvador Giner. Manual de Civismo. Ariel, 1999. pág. 139.

6. Camps, Victoria. El malestar de la vida pública. Grijalbo, 1996. pág.50.

porque se *roban los fondos públicos o politiquean con ellos* o de obedecer a la autoridad y a la ley. Se trata de potenciar la confianza, de reevaluar la función pública y de meter en la política lealtades mutuas que obliguen a la comunidad y a la autoridad con más fuerza que la norma legal.

Democracia legítima y democracia eficiente

La autoridad -toda autoridad y todo poder- entraña un problema esencial: la necesidad de superar la sensación de servidumbre, de renuncia a la libertad, de sumisión de los que obedecen. Ese problema, en buena medida, se remedia cuando existe en el ciudadano la intuición de que se debe cumplir lo que manda la ley y lo que dispone el poder, no solo en mérito a la capacidad coercitiva de la norma, sino además porque existen fuertes razones éticas para hacerlo, y siempre que la autoridad nos de a cambio un poco de seguridad, de equidad y de orden. El pacto social entraña obligaciones y contrapartidas mutuas para que se mantenga intangible.

El poder no sirve, esto es, carece de propósito y de objeto, más aún es ilegítimo, cuando no entrega a la comunidad y a las personas una situación que haga posible que cada ciudadano, con su esfuerzo, alcance la felicidad individual. Esa situación se llama *el bien común* y es lo que justifica la existencia del Estado, del Municipio y de las demás instituciones de la República. José Antonio Marina, en un brillante ensayo, descubre y destaca la vinculación que existe entre la felicidad personal y lo que él llama la *felicidad política*. Dice Marina: *La felicidad política es una condición imprescindible para la felicidad personal. Hemos de realizar nuestros proyectos más íntimos, como el de ser feliz, integrándolos en proyectos compartidos como el de la justicia*. Más adelante dice el autor *tenemos, pues, que hablar de dos tipos de felicidad. Una es la felicidad subjetiva, un sentimiento pleno de bienestar personal, íntimo. Otra es la felicidad objetiva, pública, política, social, que no es un sentimiento sino una situación, el marco deseable para vivir, aquel escenario donde la "búsqueda de la felicidad" ... resulta más fácil y tiene más garantías de éxito.*⁷

Hans Kelsen escribió que *... la búsqueda de la justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. Es una finalidad que el hombre no puede encontrar por sí mismo, y por ello la busca en la sociedad. La justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social.*⁸

La corrupción quita razones morales a la obediencia. Un poder corrupto e ineficiente se convierte en rival de la gente, en conspirador contra sus valores y en zapador de su felicidad. Esto es claro en los servicios públicos nulos o malos, en las obras deficientes y tardías, en los sistemas educativos precarios y politizados, en las contrataciones irregulares, etc. Entonces, surge la pregunta ¿tiene la obediencia límites cuando el poder se deslegitima, cuando la República, los municipios y gobiernos locales, dejan de ser *cosa pública o cosa nuestra* en la terminología de Adela Cortina, para transformarse en cosa de los otros, en coto privado donde cazan oportunidades los allegados y los bendecidos por los dueños del destino colectivo?

La democracia como forma de nominar a la autoridad, como sistema de responsabilidades públicas y de rendición de cuentas es, sin duda, el menos malo de los

7. Marina José Antonio. La lucha por la dignidad. Edit. Anagrama, Barcelona 2000 pág. 30-31.

8. Kelsen, Hans, Qué es la Justicia? Ariel Barcelona 1991, pág. 59.

sistemas de gobierno inventados por el hombre. El Estado de Derecho es un método eficiente para superar los rezagos de servidumbre que implica toda obediencia y para poner límite a la arbitrariedad que potencialmente existe en todo poder. La democracia y el Estado de Derecho se encaman en la Constitución y en la ley. Pero algo más que la ley necesita la comunidad para prosperar y vivir. Algo más que la ley requiere el Estado para ejercer la autoridad y articular un proyecto duradero. Bastante más que la ley espera y exige el ciudadano para obedecer y entregar contribuciones importantes al erario público. Y ese algo es la legitimidad del sistema, la justificación moral de la autoridad, el sustento ético de las reglas y su coincidencia con la jerarquía de valores de la sociedad. Ese algo es la confianza.

Además de legítima, la democracia, como forma de gobierno debe ser eficiente y confiable. Debe medírsela por su representatividad, pero también por sus resultados humanos, sociales y económicos. Por tanto, ¿es tolerable, respetable y legítima la democracia ineficiente?

Los gobiernos locales están implicados y comprometidos en forma mucho más compleja con el tema de la legitimidad de la democracia eficiente. Ellos son los proveedores de oportunidades y servicios a la comunidad. Ellos son los gestores, planificadores y constructores de múltiples obras públicas. Con frecuencia, están a cargo de asuntos esenciales como la educación, la salud y la seguridad. Ellos contratan y ejecutan. Ellos son, por tanto, el primer escenario y el más cercano en que se prueba la eficiencia o ineficiencia de la democracia.

Algunos gobiernos a causa de su ineficiencia, corrupción o falta de planificación en su trabajo, abren en la comunidad la enorme y complicada interrogante de si la democracia es buena y legítima solamente porque es democracia, o si, además, debería exigírsele justificaciones por sus resultados y por el grado de oportunidades que los ciudadanos tienen cuando viven en un régimen de derecho y de representación política, que asegura, cierto es, el voto, la vigencia de la Constitución y hasta la libertad formal, pero que, con frecuencia, a la mayoría de la gente no le brinda oportunidades para vivir y crecer con razonable dignidad.

La legitimidad moral de un régimen toca, en muchos aspectos, con la eficiencia en la prestación de los servicios y en la ejecución de las obras, y con la transparencia en las conductas públicas. De allí que tenga tanta importancia la rendición de cuentas de que nos ocuparemos más adelante.

La democracia que legitima formalmente a muchos gobiernos, además de ser un sistema idóneo para elegir a los cuadros gobernantes, debe ser -como en algunos sitios en que ya ha logrado tan importantes cotas- un medio apropiado para alcanzar cierto grado de progreso. La democracia ineficiente no es democracia verdadera. La ineficiencia pública y la corrupción provocan pobreza y la pobreza disminuye o anula la libertad real. El analfabetismo, la desnutrición, la falta de vías suprimen, o al menos dificultan gravemente la capacidad de elegir con responsabilidad y permiten que la gente sea presa de la demagogia y el populismo. O que esa gente quede sumida en la indolencia, en la permisividad y en el consentimiento de prácticas de corrupción.

Desde la perspectiva de la sociedad civil, lo más grave quizá es que los gobiernos con visos de corrupción e ineficiencia, erosionan la confianza, matan los referentes de la comunidad, devalúan el prestigio de las instituciones, inauguran la negociación de las reglas. De ese modo la sociedad se *inmoraliza* y tiende al cinismo y a la admisión de prácticas corruptas como formas normales de manejar la función pública y la empresa.

El más serio mandato moral que encierra la democracia es su implícito compromiso ético de fomentar la confianza de los ciudadanos y de generar una sensación de bienestar y seguridad personal de vivir en un régimen representativo. La democracia ineficiente mata la fe en la democracia buena. Por eso, tema central de las reglas de integridad de los gobiernos es el de conciliar la representatividad política, el poder responsable y limitado, con la oportunidad y eficiencia del servicio público y con la idoneidad de la obra pública y la transparencia de la gestión. Si queremos que la democracia deje de ser exclusivamente una versión constitucional y formal del poder y se transforme en un valor social, que comprometa y apasione a los ciudadanos, hay que pasar de la democracia declarativa de derechos a la democracia eficiente en términos sociales, económicos, culturales y humanos.

Aquí hay una tarea grande que, sin duda, toca a la integridad, a la ética pública y a la moral política, vistas todas ellas desde la lógica de una ciudadanía protagonista de su vida y militante por sus libertades y derechos.

El sentido económico de la ética

Los gobiernos, los empresarios y, en general, los administradores públicos y privados deberían ver a la ética desde el punto de vista de la conveniencia económica. Esto implica, por supuesto, un serio esfuerzo ideológico, educativo, moral y político, porque en buena parte de las sociedades que han perdido los referentes éticos, se ha extendido la errónea idea de que la honradez es mal negocio. Más aún, con alta dosis de cinismo, se sostiene que no es posible la obra o el servicio público sin la interferencia de la corrupción como mal necesario o, al menos, como evento tolerable.

La derrota ética que semejantes apreciaciones implican, encuentra su peor vertiente en la *legitimación de la coima* como práctica en la administración, y en la resignación de mandatarios y ciudadanos que empiezan a contabilizar las prebendas, los pagos irregulares y otros métodos de corrupción como *costos* que deben considerarse en la liquidación normal de la obra y en la determinación de las tarifas.

Para los países, los gobiernos y las empresas privadas o públicas la corrupción es un costo tan elevado que desnaturaliza la función de la economía sana, pervierte la competencia y encarece la aplicación del derecho. Por eso, tratándose de un tema relacionado con la integridad de la acción de los gobiernos, conviene mirar a la ética desde la perspectiva de su función económica. Conviene ya no solo hablar y pensar en el mercado como instancia puramente económica, sino en el mercado como espacio de transacción donde actúan personas, empresas y administradores públicos que, finalmente, son o están representados por personas con cargas éticas y obligaciones frente a la comunidad. Hay que hablar, como alguien decía, del *mercado de la virtud*.⁹

9. Baurmann, Michael. 1998.

Las conductas ajustadas a los valores y limitadas por las convicciones ahorran costos, transparentan las transacciones y aseguran la calidad de las obras y servicios. Ante la extensión de la corrupción, los sistemas legales responden agregando controles, funcionarios y oficinas que sirven de poco frente a la voracidad de las mafias que circundan a la administración. Esos controles son costos para los gobiernos y para las empresas. Por otra parte, son malos negocios para el Estado y los ciudadanos las obras públicas defectuosas, los contratos obtenidos al influjo de prácticas ilegales, los funcionarios que encarecen las actividades legítimas facilitando las ilegítimas. Las obras innecesarias, las compras inconvenientes y la aplicación torpe e interesada de la ley le cuestan a la comunidad miles de millones de dólares. La corrupción es el hueco negro de la economía libre.

Aun desde el enfoque puramente económico de los comportamientos sociales, aun abstrayendo a las conductas administrativas de consideraciones éticas, resulta evidente que, desde la perspectiva puramente utilitaria, en términos de resultados y de satisfacción de necesidades, es mejor el servicio público eficiente y la obra pública ejecutada con transparencia, que servicios y obras viciados por la corrupción.

Adela Cortina dice que ... *los actos de corrupción perjudican directamente a la persona o personas estafadas, sea el ciudadano en el caso de la corrupción política, sea el cliente en el caso de la empresarial... sin embargo, el daño causado no se limita a la estafa puntual que, aunque en ocasiones muy puntuales podría ser en parte reparado, sino que se amplía al hecho irreversible de que actuaciones como estas erosionan la credibilidad de las instituciones y minan la confianza en ellas. Y agrega, este paulatino descrédito de las instituciones no sólo es inmoral, no solo es ilegal, sino que desmoraliza, roba el ánimo al medio y largo plazo de la sociedad en su conjunto, y en una sociedad desanimada no puede emprenderse nada sólido.*¹⁰

Afirmar que la ética es buen negocio desde la perspectiva económica puede parecer extraño y hasta disparatado cuando lo dominante es la corruptela y la negociación interesada de las reglas, los concursos públicos y otro tipo de transacciones que promueven los gobiernos. Sin embargo, aun desde la perspectiva de lo puramente económico, en términos de eficiencia y rentabilidad, el respeto a la ley y la observancia de valores como la transparencia y la pulcritud resultan convenientes. El rigor en el cumplimiento de la ley y de los contratos y, en general, el respeto al derecho, al eliminar la incertidumbre, disminuyen los riesgos y alientan la competencia legítima. Al contrario, la corrupción, como queda dicho, constituye un enorme costo oculto para los países, porque pervierte y devalúa la obra y el servicio públicos, aleja las inversiones serias de corporaciones controladas con códigos éticos fuertes y desalienta a los que no saben conducirse en el mundo precario y riesgoso de la coima y la mentira.

La experiencia está demostrando que no hay forma más eficiente de administrar los intereses del Estado que con pocos pero escrupulosos empleados que manejen lo ajeno con más rigor que lo propio. Pero hay que considerar que el manejo honorable de la cosa pública toca también y de manera fundamental el tema de la adecuada y transparente formulación de la leyes y de las políticas públicas. La

10. Cortina, Adela. Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad, pág. 99. Edit. Taurus. 1998.

transparencia personal de funcionarios y comités de gestión es ciertamente fundamental, pero no será eficaz si las reglas que ellos aplican no corresponden al afán de transparencia. Desde ese punto de vista, los sistemas legislativos y el ejercicio de potestades legales delegadas por parte de los gobiernos locales, deberían estar comprometidos con reglas básicas de integridad, admitiendo que este tema es especialmente arduo porque toca la índole misma de instituciones republicanas cuyo descrédito es grave.

De todas formas, parece importante y oportuno tratar asuntos de este tenor y proponer como regla de integridad esencial la de la reevaluación del sentido económico de la ética y la de la función que ella tiene en el mercado en que incursionan los gobiernos, más aún si la obra pública tiene agentes privados que la ejecutan.

La rendición de cuentas o la lealtad a la confianza ciudadana

La rendición de cuentas es una institución clave del sistema democrático. En la doctrina, hay numerosas razones que la explican y soportan. Las más usuales son de carácter político: si el depositario y titular legítimo del poder es el pueblo, y si el pueblo encarga a sus mandatarios, por la vía del voto, el ejercicio limitado y reglado de ese poder ajeno, el gobernante está obligado de rendir cuentas de su uso. Por otra parte, la rendición de cuentas es una expresión del principio de sujeción a la ley y de vigencia del régimen de derecho, que somete a normas específicas la acción de las autoridades.

El principio jurídico de que en derecho público solamente se puede hacer lo que está expresamente mandado y previsto como potestad en una norma tiene su contrapartida en la rendición de cuentas, esto es, en la explicación de cómo se administran las reglas y cómo se ejercen las facultades. Este asunto tiene vinculación con el hecho de que el poder en los sistemas liberales es limitado y compartido. Además, juega el principio de que se trata de un *poder responsable*, en que el ejercicio de la autoridad acarrea deberes jurídicos específicos frente al mandante.

La rendición de cuentas tiene facetas políticas y constitucionales. Está en la base del sistema de delegación de poderes. Mucho se ha ocupado la literatura política de los enfoques normativos e institucionales. La literatura sobre las consideraciones éticas y cívicas del tema ha sido comparativamente escasa. Últimamente, se han ocupado con insistencia del tema pensadores de la talla de Victoria Camps, Adela Cortina, Fernando Savater y José Antonio Marina, quienes sostienen que la rendición de cuentas, como muchas otras instituciones del poder, tiene fundamentos éticos.

La dimensión ética de la rendición de cuentas es la contrapartida de la confianza que la comunidad deposita en las autoridades. Su poder no puede estar anclado solamente en la ley y en el temor a la sanción. El poder no es eficiente si carece del soporte moral de la credibilidad de los ciudadanos. Cuando a la autoridad no se le cree, cuando desde el punto de vista de los ciudadanos ella no es fiable, los controles jurídicos pierden el soporte esencial y derivan hacia la ineficacia.

La democracia es el único sistema político que se fundamenta en actos éticos de los ciudadanos. Su legitimidad como poder se basa en el voto, y el voto es íntima

confesión, elección personalísima de cada individuo, que vota porque cree en el candidato y en su programa. El encargo político tiene vinculación directa en el hecho de que el ciudadano se fía de un candidato y confía en sus propuestas, capacidad y honradez. De manera que la elección de la autoridad coloca a ésta en deuda frente a los electores. Y esa deuda se paga con la rendición de cuentas del poder ajeno, con la transparencia en la administración de la cosa pública, con la obligación de eficiencia, utilidad y oportunidad de la obra y del servicio público.

Si se admiten las tesis contractualistas en la explicación del origen del poder, si el Estado nace de un contrato social según las tesis liberales, cabría pensar, siguiendo la vieja tradición romana, que el contrato político que celebran los electores con sus mandatarios se basa en la buena fe, que deriva en la confianza y que coloca al gobernante en la obligación moral de honrarla. Probablemente una de las explicaciones del deterioro institucional y del descalabro de la democracia representativa esté en que los gobernantes actúan con mala fe, engañando a los electores y escamoteando la rendición de cuentas. Las leyes sobran cuando prospera la desconfianza. Los contratos -el contrato político- carecen de eficacia cuando están anclados en la buena fe, esto es, en los compromisos éticos de ambos contratantes.

Entre autoridad local y electores no solamente existe un vínculo jurídico-político que se canaliza y expresa por medio de las instituciones y las leyes. Además, se entabla entre ellos una relación ética, una lealtad, una obligación moral de coherencia entre la oferta electoral y la acción de gobierno. Este tema, vinculado con la rendición de cuentas, con el balance de eficacia democrática toca el asunto del populismo y las campañas entendidas como empresas electorales en las que se explota la credibilidad popular.

La confianza es uno de los pilares éticos en los que descansa la autoridad. Se puede defraudar a la ciudadanía y faltar a la lealtad que se le debe desde la autoridad, de varios modos: con la falta de coherencia entre la propuesta electoral con la cual se obtiene el voto y el verdadero plan de gobierno que se ejecuta; con la falta de oportunidad en la ejecución de la obra pública; con la defectuosa prestación de servicios; con la falta de transparencia en los procesos de contratación; con el despildeo de los recursos públicos ya sea inflando la burocracia, otorgándole prebendas o admitiendo prácticas corruptas; con la ejecución de obras innecesarias que responden a compromisos políticos o a prácticas caciquistas.

La rendición de cuentas es tema fundamental de la ética pública. Y esa rendición debería estar referida al ciertos *principios* o pautas que animan a la ética de la administración pública, que fueron sintetizados en el conocido *Informe Nolan* (Standards in Public Life), presentado en 1995 al Parlamento Británico y que Adela Cortina resume en: -*desinterés*, como compromiso de los que ocupan cargos públicos en tomar decisiones solamente bajo las consideraciones del interés público y con prescindencia absoluta del interés privado; - *integridad*, que alude al hecho de que los funcionarios no deben colocarse bajo ninguna obligación o compromiso financiero o de otra índole, que pueda influir en el desempeño de sus responsabilidades; - *objetividad*, al tomar decisiones y llevar a cabo los asuntos públicos, los nombramientos y los contratos, sin consideraciones que distorsionen la imparcialidad basada en los hechos; - *responsabilidad*, que se traduce en la rendición de cuentas y

en la sujeción al escrutinio público de sus actos y omisiones; -*transparencia*, esto es, el imperativo moral de obrar en la forma más abierta, evitando la limitación de la información solamente a los casos en que tal limitación sea indispensable para el interés público; - *honestidad*, la única meta del funcionario es la protección efectiva y constante del interés público, lo que le obliga a prescindir de condicionamientos de otra índole y a poner de manifiesto los potenciales conflictos entre su interés privados y el colectivos; y, - *liderazgo*, tarea ética del funcionario es ejercer la autoridad en forma ejemplar, esto obrado de tal modo que su conducta arrastre y marque rutas frente al resto de la administración y a la colectividad.¹¹

Estos son los referentes que la ciudadanía debería considerar en los procesos de rendición de cuentas, en los escrutinios constantes, expresos e implícitos que formule respecto del desempeño del gobierno. Hay que precisar y distinguir que la rendición de cuentas a que me refiero, más allá del deber jurídico que las reglas de la administración contienen, debería transformarse en un *hábito* de la autoridad frente a la comunidad, esto es, en una práctica constante, en una especie de cultura. Por su parte, la comunidad está llamada a ejercer esa práctica, encarnarla en la vida diaria. Solo así podrá la rendición de cuentas convertirse en un *vínculo ético* que soporte la confianza y la fidelidad en el ejercicio del gobierno local. Ese hábito, esa cultura de la sociedad, debería transformarse en una verdadera *vigencia social*, en el sentido que la vigencia tiene en la filosofía de Ortega y Gasset, es decir en una *fuerza social* vinculante que induzca consistentemente los comportamientos.

La vigencia social, según lo ha desarrollado ampliamente Julián Marías siguiendo a Ortega, en *La Estructura Social*, se conforma de referentes, valores o *ideales de conducta* que *importan* a los miembros de una sociedad, ya estén en el papel de ciudadanos o de autoridades, es decir que imponen lealtades entre ellas y que, eventualmente, cuando se las rompe, suscitan una sanción social, una descalificación o exclusión. Si a la autoridad local no le importa el prestigio que la credibilidad suscita, no será posible ni eficaz la rendición moral de cuentas. En ese sentido, si no existe una revalorización del concepto de *prestigio*, del nombre bien habido, de la confianza personal y de la fidelidad, la democracia seguirá la ruta de una formalidad política sin contenidos éticos eficaces, que la ley no puede suplir.

V La burocracia, sujeto y objeto de la ética pública

Uno de los fenómenos más frecuentes en la administración de los intereses colectivos es el de la burocratización del poder, y más aún, la tendencia de los funcionarios de carrera y empleados, sindicalizados o protegidos por leyes de servicio civil y carrera administrativa, a constituir poderes paralelos dentro de las organizaciones, que controlan y desvían las decisiones, condicionan su ejecución, administran la información y quitan transparencia y oportunidad a los actos de gobierno.

Los gobiernos no existen sin administración profesional. Sin embargo, con frecuencia, la burocracia está sindicalizada y fuertemente protegida por los contratos colectivos y la ley. Pero no se han examinado a profundidad los condicionamientos burocráticos que recaen sobre el poder legítimo y la disolución de la representatividad y de los programas de gobierno en los memorandos, prácticas y secretos de la burocracia.

11. Cortina, Adela. Op. cit, pág. 161.

Max Weber estudió con detenimiento el tema en su clásico libro *¿Qué es la burocracia?* y sostuvo, con razón, que el poder político formal -el gobierno electo y sus cuadros que se enfrenta con el funcionario adiestrado, incorporado a la dirección administrativa e investido de la jerarquía formal de un interlocutor válido, está en la situación del *aficionado* frente al *experto*. La burocracia guarda los secretos de la administración, custodia los archivos, *protege* la información. Con frecuencia, el *sectarismo* asociado al profesionalismo del burócrata constituye una verdadera fuente de poder y origen de corrupción.

De otra parte, defectos profundos de los sistemas electorales son el populismo y el caciquismo, que derivan en el clásico clientelismo, que llena de personal innecesario las dependencias, distorsiona el gasto, confronta grupos humanos e induce al *amiguismo* en la contratación y a claras manifestaciones de corrupción en el uso de los recursos, en el manejo de concesiones, en el influjo político partidista en las decisiones, etc. La burocratización y el clientelismo son dos facetas importantes de los cuadros de corrupción en los gobiernos y son formas de disolución de la representatividad democrática.

No puede haber rendición de cuentas eficaz, ni estarán los gobiernos en capacidad de corresponder a la lealtad que le deben a la comunidad, ni transparentar procedimientos y decisiones, ni ser eficientes, ni invertir razonablemente los recursos, a menos que se regulen las atribuciones de la burocracia profesional y se racionalicen los regímenes laboral o administrativo que amparan a los funcionarios. Éstas son medidas jurídicas, pero, como en todo lo demás, los deberes y los límites legales serán insuficientes e ineficaces si a ellos no les acompañan reglas de integridad que deben cumplir los titulares de los gobiernos frente a la burocracia y desde la burocracia.

Los funcionarios deben ser sujetos de reglas de integridad y la sociedad civil debe habituarse a dirigir sus exigencias de comportamiento ético no solamente hacia los administradores visibles de los gobiernos, que generalmente proceden de elecciones o nominaciones públicas temporales. Deben dirigir sus ojos, sus exigencias y las reglas básicas de integridad a las burocracias de todos los niveles, porque más allá de la corrupción con ribetes políticos, hay la otra, la corrupción en la administración, la corrupción que anida en los mandos medios, las obscuridades que prosperan entre la abundancia de las reglas y la confusión de las potestades. Una fuente de corrupción es la abundancia de *basura legal*, constituida por miles de reglas secundarias expedidas por la burocracia, que entorpecen la administración y confunden a los ciudadanos. Otra fuente es el descrédito de la ley y el ejercicio de potestades discrecionales de todo orden, que colocan a la seguridad jurídica en entredicho y a los derechos subjetivos de los ciudadanos en constante incertidumbre.

La integridad indica que el clientelismo habitual de los partidos y otras corporaciones es conducta antiética y que una demanda de integridad es, sin duda, el compromiso ante la comunidad de no acrecentar innecesariamente la burocracia, de racionalizar el gasto, de transparentar los procedimientos de incorporación de personal y de respetar el profesionalismo de la administración. Tema arduo, sin duda, pero necesario este de dejar de considerar a los gobiernos como bolsas de empleo de los partidarios del líder de ocasión.

En varias reglas de integridad debe comprometerse la burocracia de los gobiernos, a fin de profesionalizar de verdad los procedimientos, dar trato razonable a los usuarios, resistir a la tentación de la coima, esforzarse por incorporar una cultura de eficiencia y de excelencia en la prestación de los servicios públicos, evitar el dispendio de los recursos y colaborar con los gobiernos en los procesos de rendición de cuentas.

La burocratización de los gobiernos locales atenta contra la **eficiencia**, pues entorpece, retarda y diluye la prestación de servicios y la ejecución de obras, con costos innecesarios para la comunidad; atenta contra la **transparencia**, pues el secretismo, los códigos cifrados en comités y contratos, la manipulación de la ley y la abundante expedición de legislación secundaria encubre a la burocracia y oscurece la claridad de los procedimientos; atenta contra **oportunidad del servicio y su mejora**; atenta contra la **idoneidad de la obra**.

Por lo mismo, las reglas de la integridad deberían apuntar a rescatar el sentido de servicio de la administración, la claridad de las reglas, la objetividad de las decisiones, de modo de hacer posible la rendición de cuentas y elevar el aprecio general por la función pública, tan venida a menos en la mayoría de nuestros países, que para ello debe dar testimonios coherentes y comprometedores.

VI La dimensión ética de los impuestos

La economía para funcionar bien necesita instituciones eficaces, referentes éticos y prerequisites culturales. El mercado opera fundamentalmente con intereses y su punto central es el *egoísmo racional*, el afán de acumulación y la legitimidad de la ganancia. Pero no es menos cierto que el mercado debe contar con una red institucional y con un ambiente de hábitos de honradez, fidelidad al cliente, respeto a los contratos, espíritu de trabajo y eficiencia. Se requieren, por supuesto, convicciones que sirven de soportes culturales. Como bien escribió alguna vez Mariano Grondona, la prosperidad económica y el auge del mercado tienen como condiciones esenciales valores no económicos.

Los sistemas tributarios, al igual que el mercado, deben contar con valores no económicos, con referentes éticos que permitan la funcionalidad impositiva. De lo contrario la ley no opera y la defraudación campea en la sociedad.

Cuando se discute el incremento de los impuestos, lo que se expone como argumento únicamente es el déficit presupuestario, las necesidades crecientes, los gastos descubiertos. Las autoridades suponen, con frecuencia y descubriendo una notable superficialidad de análisis, que los impuestos son solamente cuestión de cifras y de leyes. Quienes están en los secretos de los indicadores del gasto presumen que la razón y la justificación se quedan únicamente en las cifras que presentan. Pero esa no es la verdad completa. El hecho cierto es que las cifras, al igual que las leyes, necesitan *razones* morales que las sustenten, porque la economía pública, sus presupuestos y demandas pueden ser técnicamente impecables, pero éticamente lesivos.

Los impuestos son la clave sin la cual no funciona una economía libre y un Estado y un gobierno soberanos. Pero los ciudadanos tienen que exigir a quienes ejercen

el poder la legitimación social y moral del régimen tributario. La comunidad tiene derecho a saber -y los gobiernos están obligados a explicar- cuál es el destino de los impuestos y tarifas, cuál es relación con el financiamiento de la obra pública.

Los impuestos, como casi todo, encierran un problema ético vinculado, por una parte, con la transparencia en cuanto al destino de los impuestos y, además, con el comportamiento de los contribuyentes. Si para los ciudadanos es un deber legal y moral pagar los tributos, para los gobiernos es también obligación moral justificar su empleo, y ésta es una manifestación concreta de la rendición de cuentas.

Los gobiernos locales deberían tender hacia el autofinanciamiento, es la mejor forma de iniciar con paso firme el camino hacia la descentralización administrativa. Eso conlleva una apuesta a la integridad y a la transparencia. La cultura tributaria de la que tanto se habla **no es sino** un conjunto de hábitos y compromisos frente al gobierno, de lealtades, que deben nacer y desarrollarse en los contribuyentes a tal punto que inhiban, por convicción, las tentaciones evasoras. Eso, evidentemente está vinculado con la credibilidad del gobierno, con su prestigio.

En lo tributario, como en ningún otro asunto, es claro el vínculo ético que existe entre gobierno y ciudadanía. Hay en ese tema una especie de *contraprestación de lealtades y confianzas*, por eso, el mayor obstáculo para generar la cultura tributaria es la poca o ninguna transparencia de los gobiernos en cuanto al destino de los tributos, a la equidad y generalidad de las reglas, a la eficacia de la recaudación a los que más tienen, a la proporcionalidad de las tarifas. Los llamados *principios de la tributación* si bien inspiran a las leyes, constituyen también principios, valores y referentes que deben cuajar en la conducta de los administradores públicos y de los ciudadanos, antes que por medio de la ley, a través de los compromisos ciudadanos y los deberes morales de los gobiernos que deben coincidir en el mismo punto: en la mutua confianza, de los unos para entregar sus recursos a la administración y de los otros para honrar esa confianza empleando adecuadamente los fondos y dotando a la comunidad de servicios apropiados y oportunos y de obras públicas idóneas.

Probablemente la falta de valores y referentes éticos, la carencia de anclas culturales es lo que explica la debilidad tradicional de los regímenes de derecho. Allí está, quizá, el secreto de la ineficacia de las leyes y de esa sensación extendida de fraude colectivo que tiene la gente cuando de hablar de la política se trata.

Así, pues, el buen gobierno no depende exclusivamente de la Constitución ideal, ni de la perfección técnica de las leyes. Depende, en gran medida, de la buena fe de los gobernantes, de los compromisos y lealtades de los gobernados, del valor de la palabra de la autoridad, de la eficacia de la ley. Depende de esa difusa, compleja e incómoda ética, cuya ausencia todos lamentamos a la hora de hacer los balances después de los descalabros políticos y de las crisis financieras.

Foucault y la nueva filosofía del poder

Jorge Luis Gómez R.

No hay libro que se parezca más a la *Genealogía de la moral* de Nietzsche, que *Vigilar y castigar* de Michel Foucault. Además de los testimonios que el mismo Foucault nos brinda con respecto a esta evidente continuidad temática entre una y otra obra, con la idea de una *Genealogía del alma moderna*, su autor parece sugerirnos no solo la necesidad de rendir tributo al engarce y vertebración de los fenómenos epocales entre sí como a sus rupturas, imantaciones e infiltraciones, sino también a considerar el verdadero rol de sus positividads, vale decir, cierto grado de objetividad que termina por divorciarse de la vida al provocar la articulación de todo lo real en un *efecto de conjunto*.

Vistos y expuestos estos propósitos que indudablemente merecen nuestra atención, entre la genealogía *nietzscheana* y la teoría del poder de Foucault existen muchas más relaciones, además de las vinculaciones temáticas ya mencionadas, que difieren entre sí a tal punto de volverse tremendamente valioso el partir por observarlas para intentar pensar sus lugares comunes.

Comencemos por algunas de ellas: La genealogía de Nietzsche es escandalosa e irreverente por cuanto desenmascara el verdadero origen de la moral, oponiéndose al carácter absoluto de sus principios mediante la afirmación de su verdadera procedencia. En *Vigilar y castigar* Foucault denuncia la verdadera causa de la prisión en la que vive el alma moderna, mostrándonos cómo se ha configurado el poder de castigar, bajo qué condiciones específicas ha devenido hasta hoy un lugar omnisciente y omnipotente, y hasta qué punto su identificación con ese aire de excentricidad y mascarada, con esa apariencia de sistematicidad e inconsecuencia, con ese poder de impacto que sobreviene luego del primer encuentro, no es más que el testimonio de su total vacuidad.

Como decimos, ambas interpretaciones cargadas de esa *violencia* que fuera de representar el coraje con el que sus autores parecen hacer manifiesta su inconformidad y su irreverencia, representan el distanciamiento que debe experimentar todo genealogista de vocación, puesto que sin él, la interpretación no llegaría a la superación de sí misma, vale decir, a la negación de su procedencia en un más allá de sí misma.

No obstante, este rasgo de la *violencia* hermenéutica que identifica a ambas obras en cuestión, la genealogía *nietzscheana* al situar la esencia del poder en el centro de la reflexión, parece asentarse en algo más que en una mera crítica hermenéutica.

Con el postulado de la vida como *voluntad* de poder, la genealogía de Nietzsche parece instalarse en un lugar que está ausente en la genealogía foucaultiana, por cuanto ésta no distingue la corrección del mundo como vis configuradora de la infinita sed de acrecentamiento que representa la vida. La teoría del poder, frente a la genealogía de la moral, parece ser más crítica hermenéutica que violencia interpretativa, debido a que la hermenéutica del poder al alimentarse de los mecanismos configuradores de las épocas (Época Clásica, Transición y Modernidad), sus continuidades y discontinuidades, vertebraciones y articulaciones, da, por esto, más relevancia al encuentro y desencuentro entre ellas, y menos importancia al principio configurador en cuanto tal. En este sentido, la hermenéutica foucaultiana al reducir sus análisis a la configuración de una complejidad, o mejor, a la articulación de varios horizontes discursivos, es rica en flexibilidad como es enormemente rica en su poder de impacto y seducción hermenéutico, precisamente, con la misma versatilidad con la que no se permite identificación alguna con un sujeto, causa o idea.

Por consiguiente, el principio configurador como tal queda reducido con Foucault a un puro poder de enebriamiento, más que a descubrir su poder configurador, sin una verdadera articulación a un orden de complejidad en el cual encontremos su verdad última. Sin la idea de la vida como protagonista, sin esa cercanía al darwinismo fisiológico del que no por mera ósmosis científica el autor del Zaratustra hizo uno de sus baluartes; sin esa reflexión sobre la vida, la genealogía de Nietzsche carecería de esa ley interna que unas veces da sistematicidad a su filosofía y otras la despedaza en miles de retazos de crítica histórica, cuando no se hace manifiesta y sucumbe a los poderes misteriosos del ocultamiento con los que gusta vestirla y revestirla su autor. En pocas palabras: sin la referencia a la vida como el indiscriminado ejercicio de la fuerza, la genealogía nietzscheana habría pecado de inconsistencia.

A pesar de que esta idea pareciera intentar pedirle a la filosofía de Nietzsche precisamente aquello que carece, (en cuanto que ella elude conscientemente la calificación de sistema), por lo pronto, la ausencia de una respuesta a la cuestión de la vida en la genealogía foucaultiana nos permitirá, al menos por el momento, considerar sus diferencias con la teoría del poder de Foucault.

Para exigir que el hombre funde su credibilidad como hombre, para educar al hombre como hombre de confianza, la moral occidental como *moral* cristiana ha intentado marcar con fuego y sangre un estilo, una figura específica, una mentalidad, un *hombre moral* a costa de su propia libertad y de su propia dignidad como hombre. El hombre de las promesas nace del dolor y del encarcelamiento de sus capacidades más sublimes, o mejor, es un producto de sus maquinaciones mediante la introyección de la culpa, mediante la eliminación de las incertidumbres, mediante la castración del olvido. Con el triunfo de la memoria sobre el olvido y la inseguridad que esta conlleva, el hombre moral, el hombre culpable, sucumbe a las virtudes castrantes del rebaño. Sin embargo, el poder de ejercer esta *corrección del mundo*, como castración de la vida, va mucho más allá de una mera constatación neutral del hermeneuta, de una supuesta asepsia de *sujetos y estructuras*, puesto que obedece, como quiere Nietzsche, a la violencia que la vida y la voluntad de poder ejerce necesariamente como infinito acrecentamiento de la fuerza.

En este caso, en *Vigilar y Castigar* la ausencia del origen del poder, la ausencia de la vida como principio configurador del poder o de la fuerza, nos permite observar una excesiva positividad de sus denuncias, que al abandonar su origen pierden su contextura histórica para devenir realidad sin principio aparente, sin referencia inmediata, divorciada del rol activo de la capacidad creativa de los hombres, huérfana de una estructura en la que nos permitiéramos encontrar su verdadero principio configurador.

El poder es capaz de castigar para configurar el orden social que necesita, mediante una vertebración en todos los fenómenos sociales, científicos y culturales, tan exento de origen como pleno de positivities. El castigo, en este caso, solo se manifiesta como una función social compleja, más allá de su poder represivo o *punitivo*, solo en su carácter de articulación a otros procedimientos, más no a su sentido estrictamente negativo o a su carácter *represivo* como tal. El castigo como articulación del poder no nos muestra más que su cara positiva, haciendo manifiesta, en primer y único lugar, su articulación a otros fenómenos tan positivos y constatables como éstos.

Al desprenderse de la *ilusión* de que la penalidad es pura represión, Foucault intenta articular todo el devenir social y discursivo del poder en la modernidad, refiriéndolo a su vertebración en instancias ajenas o alejadas de los horizontes que tradicionalmente se han consignado al ejercicio del poder, donde se hace manifiesta una totalización configuradora marginal al poder y/o incorporándolo en su mismo devenir, en la que no podemos observar más que las positivities o decantaciones reales, las *efectividades* del poder en el devenir social. Lo único que se puede llegar a observar aquí, debido al abandono consciente de una estructura de sustento, es la capacidad articuladora de la vis social que se manifiesta en *una serie de efectos positivos y útiles, a los que tiene por misión sostener*, los que en sí mismos están divorciados de las actividades concretas y cotidianas de la vida social, como, al mismo tiempo, son fieles representantes de una enajenación o de una incapacidad de la razón para atrapar a la sensibilidad y lo concreto, en una palabra: mera positividad.

Tanto la lucha de Foucault contra el estructuralismo y las *continuidades* de la historia de las ideas y del materialismo histórico, como las críticas de Nietzsche a los excesos de la interpretación histórica en la segunda de sus **Consideraciones Intempestivas** parecen, aparentemente, situarlos en un mismo horizonte hermenéutico, asunto que si analizamos bien, no resulta igual.

Cuando Nietzsche dirige su crítica a la filosofía historicista de Hegel y Hartmann, y a *El origen de los sentimientos morales* (1877) de su amigo Paul Rée, lo hace en nombre de la vida, es decir, pretende desencubrir su determinismo apelando al radical indeterminismo de la vida. Por el contrario, en Foucault y su polémica contra el historicismo no encontramos más que la idea de la superación de *las estructuras y del sujeto*, en provecho de una genealogía que carece de principio nutricional, que oculta en el *estado de conjunto* y en el encadenamiento a un principio o red que *atraviesa todo el cuerpo social*, el valor puramente nominal de los orígenes.

Al intentar pensar las leyes que rigen a la historia y sus diversas articulaciones, sin referencia a un sujeto ni a una estructura de sustento, salta a la vista el carácter de pura obsesión con los nudos de una red, mas que al intento por descubrir las

virtudes articuladoras del tejedor. Como vemos, el carácter ilusorio de esta crítica histórica salta a la vista, pues su existencia real queda suspendida en un *sistema de remisiones* que solo adquieren consistencia en la continuidad y ruptura de su enramamiento. De ahí la necesidad de que la prioridad de la genealogía foucaultiana esté en desenmascarar la positividad de las articulaciones, es decir, en cómo es posible comprender que los fenómenos sociales en general, como los fenómenos del poder en especial, son susceptibles de análisis en cuanto a su exclusivo poder de articulación positivo, sea en su condicionamientos más inmediatos, como sea desde el punto de vista de articulaciones marginales o de horizontes aparentemente ajenos a los fenómenos analizados.

Es claro que la capacidad hermenéutica crece en complejidad cuando es capaz de descentrar el análisis de los elementos tradicionales y de los orígenes consignados por las tradiciones, para dar cabida a formas de articulación insospechadas. También es evidente que siguiendo una vía paralela a la tradicional y sin abandonarla completamente, la vía sin sujeto y sin estructuras de la historia, da cabida a nuevas formas de articulación, que en parte, y muy a pesar de lo novedoso que puedan aportar en el análisis, ya se sospechaban como posibles articulaciones. En este caso, las sorpresas, rupturas y distanciamiento deben, por consiguiente, saltar a la vista. No obstante, el énfasis en el juego de las remisiones no es más -que el producto de la eliminación de la procedencia y de todo origen, es decir, su virtud simuladora, su inconsistencia, pues al desprenderse de todo referente, parece autorizada a vincularlo todo precisamente por su desprendimiento inicial.

Vigilar y castigar es, por este motivo, no sólo una desarticulación de las instancias tradicionales del poder, y en este sentido, una perplejidad total o una *simulación generalizada*, como piensa Baudrillard; sino también, representa una nueva forma de comprender las articulaciones del poder más allá o más acá de un único horizonte de procedencia. Es esta multivocidad del poder lo que más sorprende del análisis foucaultiano, a pesar de cierta condescendencia con la generalización, a pesar de su encanto con las argumentaciones que muchas veces carecen de verdaderos sustentos, (por lo general, cuando se ven reducidos a meras *enumeraciones*) debido, precisamente, a la necesidad hermenéutica de prescindir de todo horizonte condicionante que no sea más que la totalidad social o el *efecto de conjunto*.

De Nietzsche, Foucault hereda la intención del desenmascaramiento de la modernidad, en los términos de una violencia interpretativa, como también el intento de repensar el pasado que nos enseña la historia, sobre la base de un verdadero distanciamiento de la hermenéutica tradicional al poner en entredicho el *valor de la verdad*. Sin embargo, cuando Nietzsche descubre las razones de la crueldad y de la voluntad del hacer sufrir como manifestaciones de la voluntad de poder y de la vida, es decir, cuando descubre a la violencia como el trasfondo de toda cultura, nos permite comprender que su *violencia interpretativa* articula la crítica en lo criticado, de tal manera que éste no permanece ajeno a aquel.

Como ejercicio del poder de quienes intentan hacer memorizar a los demás una historia y un concepto de la vida, el arte del suplicio, además de significar una manifestación del poder, como quiere Foucault, es la manifestación de *una propiedad normal entre los hombres*, pues hacer sufrir provoca un *sentimiento de bienestar* y es un *derecho de los que dominan*.

Como vemos, la idea de la vida como articuladora de la crueldad y del poder no es ajena al poder del castigo, ni menos al ejercicio del poder en general; es parte fundamental de ella misma.

Para Foucault, el suplicio es la manifestación del poder de castigar del soberano o la memoria que el soberano quiere imponer a sangre y fuego en el pueblo, mediante la libre determinación de su voluntad de permitir o no permitir la vida de sus súbditos. A pesar de la insistencia de Foucault por señalar el carácter coextensivo del poder en todo el cuerpo social, resulta que siempre termina por encadenar su ejercicio a lugares comunes (las clases sociales y su poder o las distintas discursividades o epistemes que configuran al cuerpo social), cuidándose, como es el caso, de no caer en los conceptos de la interpretación histórica tradicional. Con este *intento* de concebir al poder de modo indeterminista, Foucault no quiere asignarle a éste, como era de esperar, un lugar específico en la sociedad, ya que no es parte ni de una estructura de la sociedad, ni es producto del ejercicio de una clase social, sino es *una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social*. Es claro, por lo demás, que la elusión consciente de un origen determinado no solo le da una mayor extensión al concepto del poder, sino también anula o elimina su carácter universal, en la medida en que al afirmar constantemente su carácter articulador, termina supeditado a representar una diversidad de prácticas, tanto más vagas como indeterminadas en sí mismas.

Bien que esta afirmación nos pueda parecer contraria a nuestras intenciones argumentativas, (si pensáramos en el valor de la extensión del concepto del poder como aporte de Foucault a la investigación filosófica), lo cierto es que Nietzsche al conducirnos al seno de la idea de culpa, nos recuerda que la más antigua y originaria forma de relación entre los hombres estuvo cargada de ese sentido de batalla perpetua entre acreedores y deudores, de ese sentido vital de infinita voluntad de dominio que en última instancia queda relegada al olvido cuando se la categoriza en una voluntad de conciliación, abandonando la voluntad propia y el ser *la medida del valor* tal como sucede entre los hombres libres. Como vemos, al situar Nietzsche el seno de la vida social en la batalla perpetua entre acreedores y deudores, no hace más que pensarla desde la voluntad de dominio, la misma que estando en la base de la vida individual y social de los hombres, tal como lo describe el sentimiento vital que da sustento a la filosofía política y moral griega, la vemos claramente representada en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles (Libros VI y IX), cuando declara que la voluntad de dominio es el impulso vital que está presente tanto en el seno de las relaciones sociales y en la configuración del yo, como en la amistad y las relaciones amorosas.

Como vemos, Nietzsche ve al poder como ejercicio de la vida, ya que si desconocemos la esencia de la vida desconocemos su voluntad de poder y con ello pasamos por alto *la supremacía del principio que poseen las fuerzas espontáneas, agresivas, invasoras, creadoras de nuevas interpretaciones, de nuevas direcciones y formas, por influjo de las cuales viene luego la adaptación*¹. Es claro, para nosotros, que Nietzsche dirige aquí una crítica a todos los *ingenuos genealogistas de la moral y del derecho* (sic!), quienes no son capaces de comprender el ejercicio del poder y sus más diversas configuraciones, como manifestaciones de la fuerza constructora y destructora de la vida.

(*Genealogía de la Moral*. Federico Nietzsche. Alianza Ed. pág 90).

La crueldad, el dolor y las guerras son tan viejas como la vida en la tierra. El hecho que existan y sigan existiendo significa que la voluntad de saber y la voluntad de poder además de ser una y la misma realidad, deben ser concebidas como fuerzas articuladoras del poder, es decir, como manifestaciones de la vida en la infinita búsqueda del acrecentamiento de la fuerza, en la infinita configuración del devenir a su medida, mediante la creación de valores como medios para el acrecentamiento de sí misma. En este sentido, la genealogía de Rée y de los genealogistas ingleses, le parecieron a Nietzsche una magistral elusión de lo verdadero que hay en toda vivencia moral, en cuanto en ellas no vemos más que una representación de algo que en cuanto fuerza irreversible que crea y recrea sus propias condiciones de acrecentamiento se oculta, debiendo contentarnos con una idea altruista de la valoración, con una *representación* de la vida, más que con la vida misma, tal como a Nietzsche le parece la idea de la moral de la compasión. Al abandonar el sentido vital de ella para entregarla a los lugares comunes de una abnegación que más que representar a la vida es una máscara de ella, al abandonar la moral a un orden puramente representativo, en una palabra, al someter a la idea central de la compasión como vertebración de la moral y su historia, el valor de la compasión se confundía con una comprensión de la vida, como *algo dado, real y efectivo, situado más allá de toda duda*.

Pero tras esa realidad subyacía toda una tradición de prejuicios, de miedos y de desesperanzas que hacían más difícil su verdadera comprensión. En definitiva, la valoración compasiva era una introyección de una idea completamente débil de la vida, una interiorización de aquello que en sí mismo era la negación de ella.

Según este balance crítico de las valoraciones morales, la referencia a la vida es una condición *sine qua non* de la genealogía de la moral, so pena de verse llevada por las valoraciones que la vida hace de sí misma o por el grado de vitalidad que ella represente, hacia un horizonte en el que ella misma se confunda con su representación. Como vemos, Nietzsche nos enseña a situar al problema de la moral y del derecho en un orden vital, el que por su manifestación en todo orden de cosas, por su extensión a todos los casos, aparece más como positividad, como vertebración de positivities, que como fuerza configuradora de la diversidad.

De ahí la afición genealógica de reconocer en ellos, en las positivities, como un verdadero error, la mera representación de la vida y no su esencia.

Con esta afición por comprender las exterioridades del poder se inicia la genealogía foucaultiana, la que a nivel de la representación de la vida, considera la manifestación del suplicio público en su engarce con el ámbito de la verdad, pues la manifestación objetiva del dolor corresponde a la marca que impone con sangre y fuego el soberano en la memoria colectiva del pueblo, mediante el sinuoso y secreto construir de la penalidad que no necesita más que de una acusación o de una forma mecánica de producir la verdad en la sentencia. El cuerpo del torturado en la plaza pública es la representación del poder de incorporación de la verdad en el pueblo, la teatralización del reto físico en el juicio o en la sentencia que certifica la verdad. Para Foucault el cuerpo del torturado es el lugar de consolidación de la verdad.

En este sentido, los dispositivos del poder no proceden ni por represión ni por ideología, pues el poder normaliza porque disciplina y disciplina por que normaliza. Pero frente a la normalización del suplicio público, Foucault advierte el desencuentro y la ruptura por su propio crecimiento indiscriminado, por su propia capacidad de volverse real, obvio y manifiesto, por su propio poder de representación y sobreexposición en lo real.

La ley de caducidad del poder que se hace manifiesta aquí, a través de su capacidad de normalizarse en la realidad o de ser una representación de una representación, no parece ser otra que la que declara su propia volatilización cuanto más representación de sí misma se vuelve. Cuando esto sucede, cuando el poder sucumbe a su propia capacidad de articulación, nace el contra-poder, nacen los ilegalismos. La ley interna que parece regir el análisis del poder y de la punición en el mundo moderno, al menos en la versión foucaultiana, no está lejos de ser una constante crisis de normalización representativa, debido al exceso de ordenación y normalización de la realidad a la que ella tiende, puesto que la dialéctica del poder encuentra sus límites en el mismo exceso de positivización que la empuja. Cuando este proceso llega a su extremo, sucumbe en la ilegalidad o en la necesidad de una reprogramación cada vez más exhaustiva de su poder de normalización, pues sucumbe en la necesidad de una economía del poder que sea capaz de retroalimentar su capacidad ordenadora y disciplinaria con la absorción de cada vez más realidad (jurídica, social, educativa y cultural) en su poder de contricción normalizadora.

A pesar de eludir las interpretaciones tradicionales sobre la crítica de la Ilustración para acabar con todo tipo de barbarismos y con los excesos de la irracionalidad punitiva, más bien, Foucault considera que la Ilustración al estar sometida al poder de sistematización y articulación que comanda el dispositivo de producción de la verdad, no sirve más que para consolidar aún más el poder de normalización de la verdad mediante estrategias de reajuste y control cada vez más funcionales, cada vez más articuladas a la defensa de la sociedad y del orden social. Por ello que, frente a la crisis del poder del soberano, la reforma penal de los ideólogos de finales del siglo XVIII, no parece más que hacer manifiesta esa necesidad de autorregulación constante del poder, a través de la absorción paulatina de todos los horizontes con los cuales se permita consolidar la construcción de una racionalidad cada vez más funcional y económica.

Aparentemente, el cuerpo en la reforma de finales del siglo XVIII queda sometido a la representación, pues la reforma de la penalización del delito buscó prevenir el desorden social a través de la representación y teatralización de las penas, sea como publicación y difusión de los códigos penales, sea como verificación de su eficacia mediante su anexión a los criterios más generales de la verdad, pues de lo que se trataba era de irrumpir en la subjetividad individual del delito, buscando la prevención representadora de la pena y el castigo, como ingreso a una época marcada por la *sobriedad punitiva*, por la introyección de la pena en la subjetividad culposa de los individuos.

No obstante que esta hermenéutica del arte de castigar estuvo marcada por ese instinto de sobriedad reglamentadora, (sobre todo, como benignidad de las penas), en cuanto buscó alcanzar una economía punitiva cada vez más rigurosa, al

mismo tiempo, este factor le permitió superarse infinitamente debido a su constante entropía en la positivización o en la dinámica de la desreglamentación y reglamentación. Sin embargo, lo cierto es que la ley de la introyección de la culpa, como ley interna de la vida, no parece obedecer a los propósitos de una depuración representadora, ni menos a la dinámica interna de una suerte de *crisis de positivización* constante, sino más bien a la fuerza inhibidora de la vida que vista la interrupción de sus instintos se vuelve contra sí misma.

No es una mera coincidencia que tanto Nietzsche como Foucault traten con minucioso detenimiento el problema de la interiorización de la violencia en el alma individual como el fenómeno del ilegalismo del poder, pero bajo una luz completamente diferente.

Cuando el poder se acrecienta, dice Nietzsche, crece la tolerancia y se inicia una impunidad generalizada: *Si el poder y la autoconciencia de una comunidad crecen, entonces el derecho penal se suaviza también.* Con la conciencia de plenitud del poder se hace manifiesta una laxitud en la búsqueda de más poder, dirigiéndose esta última, como mero desahogo, a la condonación de las penas, a la impunidad y tolerancia con respecto a lo que en otro tiempo era delito, por cuanto en ella ocupa la energía que no ha gastado en la búsqueda de más poder.

Como podemos apreciar aquí, la laxitud del poder también es un fenómeno de generación de la ilegalidad, por cuanto en la ilegalidad el poder, en el caso del señorío de los más fuertes, se solaza de su poderío en la laxitud de una aparente inconsistencia.

Muy por el contrario, en *Vigilar y castigar* Foucault nos muestra que la tolerancia de las ilegalidades empuja a una economía más severa del poder de castigar, incluso en el caso de la idea de la penalidad como prevención del delito, según consideraron los reformadores de la penalidad y el delito a finales del siglo XIX. Pero la economía de los ilegalismos no obedece única y exclusivamente a los cambios en la forma de reproducción del poder (como quisiera el materialismo histórico), ni exclusivamente al poder de contricción que ejecutan las ciencias humanas desde inicios del siglo XIX como mecanismos normalizadores de la verdad mediante la confesión, sino al engarzamiento de todos esos factores como *efecto de conjunto*.

En este orden de cosas, *el efecto de conjunto* representa, más bien, la fe en que en el aislamiento y fijación de las determinidades y en la profundización de una sola realidad como si fuera la esencia de la relación, se pretenda encontrar el principio de articulación de lo real. Más bien, mediante el criterio de la referencia positiva, la realidad queda reducida a su contenido formal o meramente *empírico*, escapándosele lo real en una pura apariencia de necesidad, vale decir, en la mera representación formal. Una de las pocas veces que Foucault define al poder, lo hace de modo negativo (¿o elusivo?): el poder *no es ni una institución, ni una estructura, ni una fuerza --- es el nombre que se da a una situación estratégica compleja en una sociedad dada.* En esta aproximación al poder, observamos ese aire *distribucional y vectorial*, como dice Baudrillard, en el que una expansión infinita parece amenazar la universalidad del concepto, hasta volatilizarlo completamente en una connotación sin referente alguno.

Pero no debemos sospechar de esta ausencia de realidad en el análisis del poder más que cuando consideremos que en la historia de la filosofía moderna se da una suerte de ley oculta, puesto que cuanto más ausente está la vida en ella, tanto más busca enclaustrarse a sí misma en la representación, de tal modo que, como si obedeciera a una misteriosa necesidad, su ausencia no es más que la viva representación de sí misma.

Con esta nueva filosofía del poder, con esta nueva escritura del poder, que no por el simple hecho de ser demasiado bella tiene que necesariamente ser verdadera, la genealogía de Nietzsche aparece en ese fondo insospechado que estuvo presente en todos aquellos reclamos que se le hizo a la filosofía después de Kant, cuestión que no solo se manifestó como un acalorado debate por recuperar a la vida, sino, antes bien, como una lucha tenaz por separar a la filosofía del positivismo, para liberarla del pensar calculador.

No es por mero acostumbramiento que hoy en día, a pesar del positivismo reciclado en la sustentabilidad, la defensa de la vida no refleje más que el intento de dar coherencia a los triunfos de la especialización científica. Por lo pronto, y en este sentido, dejemos que el encuentro entre Nietzsche y Foucault nos dé qué pensar.

Sobre libertad, liberales y libertarios: distinciones entre el liberalismo clásico y el libertarismo contemporáneo

Sebastián Albuja

I. Introducción

En las últimas décadas, el pensamiento libertarianista ha adquirido cierto protagonismo en el mundo académico y en el ámbito político¹. Los defensores del libertarismo 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 libertarismo 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 libertarismo 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 libertarismo 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 libertarismo 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 comunal². Para estos dos autores,

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 contraprodu-

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 libertad³.

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 iglesia⁴. 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 pública⁷ 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 proteger a los individuos de su propia negligencia o falta de cuidado⁸.

cente, 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 conexión 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 las 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.

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

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 más¹⁰; 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 escuela¹¹.

IV. Nozick y el Estado Mínimo.

Robert Nozick, un filósofo de los derechos¹², aborda el mismo tema: los límites que

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 étlico, 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

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 terceros¹⁴.

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 re-distribuir 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.

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 contraste, 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 universales 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 individuos 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.

Tales principios permiten determinar cómo las personas adquirieron lo que tienen, y, consecuentemente, si tal adquisición fue legítima¹⁸.

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 *desordenamiento* de los modelos de distribución, se requiere de una fuerte 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 donación¹⁹. Esta intervención, para Nozick, es absolutamente ilegítima y no debe ser permitida.

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, mediante 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 distribución 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 Chamberlain, aceptan donar, adicionalmente, un dólar para Chamberlain. 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 Chamberlain 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.

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 libertarismo 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* extraída 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 pro-

ducto 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 propiedad²⁰. 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 considerar 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.

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 recursos públicos.

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 hacerlo²³. Si este es el razonamiento detrás del argumento que 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 policía²⁴.

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 asignados 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 tributos 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 son²⁵.

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.

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.

1. Bibliografía

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

Un trayecto de más de 170 años: la libertad de expresión en la constitución ecuatoriana

Marena Briones Velasteguí

Una vez dispuesta a concebir la escritura de estas ideas, una falta volvió a hacerse presente. Me hubiera encantado seguir otras pistas para cada texto constitucional: los debates legislativos que les dieron origen, los comentarios públicos que suscitaron o no suscitaron; las consideraciones de índole política que los hubieren rodeado; los conflictos jurídicos relacionados más relevantes que hubieren existido; y, si las hubo, las interpretaciones jurisprudenciales que hubieren ampliado o restringido sus significaciones. Esa tarea, sin embargo, no era posible de ser realizada. Ciento setenta y cuatro años de vida republicana¹ y dieciocho constituciones políticas² demandan muchísimo más tiempo y dedicación que aquellos destinados a cumplir oportunamente con este encargo. En ese caso, se hubiera tratado, más bien, de una larga y meticulosa investigación, que tal vez encuentre su realización en otras personas y en otros momentos.

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

Al final y luego de compartir una aproximación en cierto modo histórica a base de los textos constitucionales, lo que me ha interesado es detenerme en la configuración que la actual Constitución Política ecuatoriana permite construir en torno al derecho a la libre expresión y, más en concreto, a ese derecho mayormente comprensivo que es el derecho a la comunicación. Esta es una época planetaria clave para un tema como éste y lo es, sin lugar a dudas, en el propio Ecuador. Para ejemplificar la primera afirmación, puede recordarse tanto las reacciones del Gobierno estadounidense³ frente a la cobertura mediática vinculada con los

¹ Desde 1830, en que el Ecuador nació como República y tuvo formalmente su primera Constitución, aunque el cuadro anexo incluye la Constitución quiteña de 1812.

² No incluyo la Constitución de 1938, por cuanto no fue promulgada por el Ejecutivo y, por ende, no entró en vigencia.

³ Por ejemplo, sugirió a los canales estadounidenses que se abstengan de retransmitir los fragmentos del video de Osama Bin Laden, que fueron originalmente difundidos por la emisora qatarí Al Jazeera; y, más recientemente, pidió a sus medios y a los del mundo que censuren las imágenes de los prisioneros de guerra norteamericanos presentados por la televisión iraquí.

dolorosos sucesos del 11 de septiembre de 2001 y con la actual ocupación iraquí; como el caso de Jayson Blair, el reportero del New York Times que “plagió textos de otros periódicos” y agencias de noticias, “inventó declaraciones y declarantes” y “alteró fotografías para hacer creer que había estado en lugares a los que nunca fue”⁴. Para ilustrar el caso ecuatoriano, las referencias están cercanas y a la mano: los distintos momentos de conflicto entre el actual Gobierno y los medios de comunicación social⁵.

I. Un derecho humano fundamental ⁶

Los años finales del siglo XVIII y las revoluciones liberales de las que ellos fueron testigos son señalados como el contexto a partir del cual la libertad de expresión inició su imparable estrellato como un derecho humano básico y universal. De allí en adelante, con el punto de arranque que constituyen la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia⁷ (12 de julio de 1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁸ (26 de agosto de 1789) hasta la primera mitad del siglo XX ocurren varios hechos sustanciales para el desarrollo de la libertad de expresión como derecho humano fundamental. Algunos de ellos, siguiendo a Azurmendi (1997) son los siguientes:

- La masificación de la prensa, gracias a los avances tecnológicos. Esto permitió el apareamiento de una “prensa popular diaria” y, por ende, el quiebre de los diarios como productos elitistas.
- El surgimiento de las primeras empresas periodísticas y, con ellas, del ámbito mercantil de la libertad de expresión y su consiguiente búsqueda de rendimiento económico⁹.

4 El Universal: <http://www.blog.com.mx/archives/000779.php> Los hechos, admitidos por Blair, conllevaron también la renuncia del editor y del editor general del NYT. El 1 de mayo de 2004 se cumplió un año de la renuncia de Blair; pero, ese no fue el único caso de corrupción en la prensa de Estados Unidos durante los últimos doce meses: Rick Braga, otro periodista del Times, ganador del premio Pulitzer, tuvo que renunciar por usar excesivamente información recogida por colegas independientes sin darles el crédito que merecían. Más tarde, la Associated Press despidió a Christopher Newton, reportero, porque no fue posible verificar la existencia de más de 45 personas y organizaciones que él mencionó en artículos suyos. En abril de 2004, Los Angeles Times despidió a un fotógrafo enviado a Iraq, porque alteró electrónicamente una foto; y, finalmente, USA Today acusó a Jack Kelley, su corresponsal extranjero nominado a un Pulitzer, de “plagiador e inventor de historias”.

5 Dos titulares de El Universo sirven de apoyo: “Presidente arremete contra sus detractores políticos y los medios de comunicación”, aparecido el día 5 de abril de 2004; y “Discurso peligroso”, que corresponde al editorial del 7 de marzo de 2004, en el que se afirma: “Las acusaciones gratuitas que cada cierto tiempo hace el Presidente de la República contra los medios de comunicación en general, se repiten de tal forma que empiezan a configurar ya un discurso tedioso y aburrido...”

6 No voy a entrar en la distinción que suele hacerse entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales”. Me referiré al derecho a la libre expresión del pensamiento como un derecho humano fundamental.

7 El número 12 de dicha Declaración reza: “Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos.”

8 El artículo 11 de la Declaración dice: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre, todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley.”

9 Ana Azurmendi (1997) sostiene que este hecho “tuvo un peso decisivo en el modo de entender cada uno de los elementos que intervienen en el hecho informativo”, porque empezó la búsqueda de más lectores mediante contenidos de fácil aceptación, se tuvo al producto informativo como un valor más de mercado y la publicidad se convirtió en la principal fuente de ingresos; y, por otra parte, porque se empezó a considerar que la actividad periodística requiere ciertas autonomía y libertad, aunque integradas a la empresa bajo las características que esta tiene.

- El incremento de las agencias de noticias¹⁰.
- La ampliación de los contenidos y la diversificación de los temas tratados.
- La ubicación del periodista como elemento esencial del proceso informativo.
- La profesionalización del periodismo.
- La aparición de los primeros códigos de ética para el ejercicio del periodismo.
- En 1935, en Francia, la institucionalización de la "cláusula de conciencia"¹¹ y el planteamiento de que los periodistas pueden estar sujetos al "régimen salarial" (percibían sus honorarios como derechos de autor).

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

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

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

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

Ese derecho, como todos los demás que contiene la Declaración, se sustentó en la convicción de que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e ineludibles de todos los miembros de la familia humana"; y en la constatación de que "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han

¹⁰ Azurmendi (1997) cita las agencias Havas en 1835, Wolff en 1849, Reuter en 1851 y la Associated Press en 1848.

¹¹ Aprobado en Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

¹² Adoptada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”¹³. Dos consideraciones a las que hay que volver cada vez que aparezca el riesgo de perder de vista que la libertad de expresión es un derecho esencial para la convivencia, cuyos titulares somos todos y cada uno de los habitantes de esta Tierra.

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

No han sido pocos los documentos internacionales que, con posterioridad a la Declaración, han ratificado la calidad intrínsecamente humana del derecho a la libertad de expresión y su vinculación con el derecho a la libertad de prensa y el denominado derecho a la información. Entre ellos, para muestra, los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴, la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁷, la Convención europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales .

Todos ellos, a los que se suman otros de diverso cariz y provenientes de diferentes organismos nacionales, regionales y mundiales -cada uno con su propia redacción-reiteran una y otra vez el carácter de indisolubles que tienen la libertad de expresión y la condición socio-humana, y el extraordinario valor que la primera tiene para el desarrollo digno y pleno de los pueblos y de los individuos. Como los propios documentos internacionales citados suelen señalarlo y como podremos apreciar a lo largo de las líneas siguientes, eso no significa que la libertad de expresión esté exenta de confrontarse con otros derechos tan humanos y tan fundamentales como ella misma.

13 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 por Estados miembros de la OEA.

14 Adoptada el 27 de junio de 1981 por Estados miembros de la Organización de Unidad Africana.

15 Adoptada 4 de noviembre de 1950 por Estados miembros del Consejo de Europa-

16 En su artículo 29 y refiriéndose a todos los derechos en ella consagrados, la Declaración establece:

“2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”

17 Con todas las reservas que dicha expresión suscita. No vamos a discutir aquí si existe o no existe una opinión pública, ni vamos a discurrir sobre las varias consideraciones conceptuales que se han vertido en torno a ella.

II. La gran primera historia

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

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

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

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

Así tenemos, por ejemplo, que la Constitución de 1835 mantuvo casi intacta la disposición de 1830, aunque no se refirió a "todo ciudadano" como titular del derecho, sino a "todo ecuatoriano"; y que, en cambio, la de 1843, conocida como "Carta de la Esclavitud", no sólo que cambió la titularidad a "todo individuo", habló del "derecho a escribir, imprimir y publicar" los pensamientos y opiniones, e incorporó la garantía de la no censura previa; sino que, además, fue más específica al decir que el derecho a expresar libremente el pensamiento estaba sujeto "a las restricciones y penas que estableciere la ley para impedir y castigar su abuso". Una variación constitucional a la que se le dio marcha atrás con las Constituciones de 1845 y 1852, que volvieron casi textualmente a la de 1835; con la Constitución

de 1851, que, salvo por diferencias de forma y por la re-inclusión del respeto a la "religión del Estado", conservó el tono de la de 1835; y con la Constitución de 1861, que, salvo también por contadas modificaciones formales y por la re-inclusión del respeto a la religión, mantuvo su texto como el de la de 1835.

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

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

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

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

Tres años antes de terminar el siglo XIX y con casi setenta años de vida republicana a cuestas, el Ecuador tuvo su undécima Constitución, la de 1897. En cuanto a la libertad de expresión, esta Carta Magna no conservó las preocupaciones que la anterior había tenido a raíz de la interpretación legislativa. Tampoco mantuvo los límites relativos a la religión, la decencia, la moral y la honra; pero, sí la estipulación de que se trataba de un derecho sujeto "a la responsabilidad establecida por las

leyes". Junto con eso, por primera vez en uno de los textos constitucionales, se dispuso que "Un jurado especial conocerá las causas por infracciones cometidas por medio de la imprenta". Lo que la Constitución de 1869 había declarado abolido; en esta ocasión, se reinstauraba con fuerza constitucional: el jurado de imprenta.

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

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

III. La historia da un vuelco

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

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

- La disposición de que la ley regulará el ejercicio del periodismo, "tomando en cuenta que éste tiene por objeto primordial la defensa

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

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

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

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

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

Aproximadamente dos décadas más adelante, la Constitución de 1967 halló una fórmula para no elegir entre referirse a la "libertad de opinión" o a la "expresión del pensamiento", e incluyó a las dos. Volvió a la alusión directa a los medios de comunicación al decir "por cualquiera de los medios de comunicación colectiva"; y limitó el ejercicio agregando "siempre que se respeten la ley, la moral y la honra de las personas." Es importante mencionar aquí que esta Constitución fue la primera en incluir, también como garantías constitucionales, el derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar, y el "derecho a la información y el libre acceso a sus fuentes, sin más limitaciones que la seguridad internacional del Estado y la vida privada de las personas." En cuanto a la primera innovación, hasta antes lo que había existido eran otras normas constitucionales relativas a la presunción de inocencia y, junto con ella, al derecho a conservar la buena reputación. Sobre la segunda innovación, clave para la plena realización de la libertad de expresión y de la convivencia democrática, no había existido nada.

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

Finalmente y antes de entrar al otro gran viraje histórico que hace la actual Constitución, nos encontramos con la Constitución de 1978¹⁸, que no se alejó mucho de la anterior al conservar la doble mención de libertad de opinión y libertad de expresión del pensamiento, aunque con la variación de "por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley"; al mantener el derecho de rectificación junto a esas libertades, pero con su propia impronta: "Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en su honra por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita, inmediata y proporcional."; y al preservar la garantía del derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar; pero, esta vez, añadiendo la buena reputación y que "La Ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona."

Las peculiaridades más marcadas de la Constitución de 1978 fueron la inclusión del derecho de habeas data: el acceso de toda persona a los "documentos, bancos

¹⁸ Esta Constitución fue objeto de varias reformas e interpretaciones y de cuatro codificaciones.

de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos"; y del derecho –como usuarios y consumidores- de ser informados sobre el contenido y las características de los bienes y servicios; así como el establecimiento expreso de que el espectro electromagnético pertenece al "patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado".

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

IV. El derecho a la comunicación

La sola impresión visual del espacio físico que, juntas, podrían ocupar hoy las disposiciones constitucionales correspondientes, en comparación con las contenidas en las anteriores Constituciones, es ya un indicio de la magnitud de la transformación que la "libertad de expresión" experimentó con el trabajo finalmente realizado por la Asamblea Nacional Constituyente¹⁹ y entregado al país el 5 de junio de 1998. Un resultado del que -sospecho con suficientes indicios- aún no tenemos plena conciencia, y respecto del que -también sospecho con suficientes indicios- hay mucho temor de debatir y profundizar.

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

- Es, en y con la comunicación, con todo lo que ella implica, que nos constituimos en sujetos individuales y sociales. No podemos ni siquiera imaginarnos fuera de la comunicación.
- Es, en y con la comunicación, que elaboramos nuestras significaciones personales y colectivas sobre nosotros mismos, los demás y el mundo.
- Toda comunicación es un proceso (codificaciones y decodificaciones constantes) y una negociación de sentidos²⁰ (el lenguaje tiene sus límites²¹ y el conocimiento está sujeto a riesgos²²).

¹⁹ Recogí parte de esa historia en "Medios de comunicación y reforma constitucional", publicado en Alcances y limitaciones de la reforma política en el Ecuador 1998. [Ver bibliografía].

²⁰ Pearson, Judy, y otras (1993).

²¹ Para ilustrar esta afirmación, reparemos en las ambigüedades y vaguedades que caracterizan al lenguaje.

²² Sobre este punto y no obstante haber bibliografía abundante sobre la teoría del conocimiento, recomiendo Los siete saberes necesarios para la educación del futuro, de Edgar Morin (1993). [Ver bibliografía].

- Es, por lo tanto, en y con la comunicación, que se gestan las posibilidades de deliberación, diseño y entendimiento, y de construcción de proyectos comunes, elementos fundamentales para una sociedad que se preste de democrática.
- Siguiendo la línea de los puntos anteriores, es claro que la comunicación social es un bien público.
- Con ese telón de fondo y como su propia denominación lo implica, la tarea que acometen los medios de comunicación masiva no es una tarea cualquiera: ser (además, se erigen como tales) espacios de mediación entre las diferentes perspectivas y los variados intereses sociales, políticos, económicos. Quede claro que, de esta consideración y siempre que la pretensión no sea otra, estarían excluidos todos aquellos medios fundados para difundir una opción ideológica concreta o un interés particular definido; por ejemplo, las publicaciones de un partido político, o las de una organización gremial o barrial.
- La índole trascendental de la tarea social que, en el sentido expresado en el punto anterior, asumen los medios y el poder que su carácter público-masivo les fue concediendo para la re-configuración de la realidad y la recreación de sentidos -especialmente, en el caso de la televisión- supone inevitablemente su responsabilidad social. Más cuando sus miembros son tan intérpretes de la realidad como cualquier otra persona y están tan sujetos a los límites del lenguaje y a los riesgos del conocimiento como cualquier otro ser humano.

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

De aquí en adelante, entonces, con el auxilio de esquemas, porque no pretendo -no podría, tampoco- agotar en este espacio todo lo que cabe analizar, con cuatro guías conceptuales básicas, alrededor de cada una de las cuales y no sin cierta arbitrariedad aglutinaré varias normas²³, pasaré revista al derecho a la comunicación, que es el que consagra el texto constitucional ecuatoriano vigente.

²³ Algunas de dichas normas, con o sin variaciones relevantes, estuvieron contenidas ya en Constituciones anteriores; pero, en esta parte, no me detendré a señalarlo, ni estableceré comparaciones entre las actuales y las anteriores.

Porque, como dijo Germán Rey²⁴, en una intervención en Quito en marzo de 1998: "Decir información es remitir a transmisión, paso de señales, sobreestimación de los emisores, debilidad de la recepción". En cambio, "Decir comunicación es referirse a la producción, circulación y apropiación social de sentidos, a prácticas que van más allá de los medios y se entroncan con las culturas, a procesos que rebasan suficientemente las idas y venidas de la información." Hablar de comunicación es hablar de la vida misma.

V. Una democracia con ciudadanos

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

- La libertad de opinión y de expresión del pensamiento, en todas sus formas y a través de cualquier medio de comunicación.
- Las libertades de conciencia y de religión, expresadas individual o colectivamente, en público o en privado; y el derecho a practicar el culto que cada quien profese "con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad, la pluralidad, la seguridad y los derechos de los demás".
- El derecho a guardar reserva sobre las convicciones políticas y religiosas.
- La libertad de enseñanza y cátedra.
- La libertad de las actividades científicas y tecnológicas.
- El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social, así como a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión. Este enunciado, además de con otros que no se mencionan a continuación, debe complementarse con:
 - La obligación del Estado de garantizar la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias.
 - La responsabilidad del Estado en la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones.

²⁴ Profesor de la Maestría en Medios de Comunicación y de la especialización en Derecho de las Comunicaciones de la Universidad Javeriana; investigador y comunicador colombiano.

- El derecho a acceder a fuentes de información²⁵; y a buscar, recibir, conocer y difundir información, que incluye la no reserva de la información que repose en archivos públicos, salvo en casos especiales “por razones de defensa nacional y por otras causas establecidas en la ley”; que no es otra cosa que el *el derecho de saber*, se entiende sobre asuntos públicos o de interés general o colectivo, requisito sine qua non para un debate público vigoroso y, en consecuencia, para una democracia participativa y deliberativa.
- El derecho ciudadano a la consulta popular²⁶.
- El derecho de las personas con discapacidad a comunicarse por formas alternativas como el sistema braille y la lengua de señas, entre otras.
- El derecho de toda persona de acceder a documentos, bancos de datos e informes sobre sí misma o sus bienes, que reposen en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito, y a solicitar, ante el funcionario respectivo, la actualización, rectificación, eliminación o anulación de dichos datos, cuando fueren errados o afectaren legítimamente sus derechos.

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

VI. Un derecho de doble vía

Es de lamentar que, para el asunto que nos interesa, no hayamos podido encontrar desarrollos jurisprudenciales ecuatorianos²⁷ que nutran la reflexión sobre las significaciones constitucionales que estamos esbozando en torno al derecho a la comunicación y, con él, en torno a la libertad de expresión. Habrá que pensar en poner en marcha una investigación completa, que incluya al Tribunal Constitucional

25 En el Suplemento del Registro Oficial # 337, del 18 de mayo de 2004, por primera vez en el Ecuador, se expidió la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

26 Pueden solicitarla los ciudadanos en goce de sus derechos políticos, que representen el 8% del padrón electoral nacional, siempre que no sea sobre reformas constitucionales; y, en el caso de circunscripciones territoriales no nacionales, los que representen por lo menos el 20% del número de empadronados en la correspondiente circunscripción (Arts. 105 y 106 de la Constitución).

27 Para este trabajo revisé las Gacetas Judiciales desde septiembre de 1994 hasta agosto de 2000; y todas las resoluciones vinculadas con el tema que tratamos, expedidas por la Corte Suprema de Justicia antes y después de ser Tribunal de Casación, se originan en causas relativas al delito de injurias, en las que el análisis jurídico central gira sobre todo alrededor del “animus injuriandi” y de las disposiciones pertinentes del Código Penal. En las reflexiones contenidas en tales resoluciones no encontré que las disposiciones constitucionales hayan sido un claro y argumentado referente de ponderación para llegar a la conclusión correspondiente.

y abarque por lo menos los últimos diez años, para llegar a una apreciación más certera sobre ese aporte.

El hecho es que, a falta de una producción nacional, vamos a recurrir a la Corte Constitucional de Colombia²⁸, cuya Tercera Sala de Revisión, en sentencia expedida el 9 de septiembre de 1992 (T-512), dijo: "El de la información es un derecho de doble vía en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aún, como ya se dijo, las normas constitucionales tienden a calificar cuáles son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas (...) Lo cual significa, por lo tanto, que no siendo un derecho en un solo y exclusivo sentido, la confluencia de las dos vertientes, la procedente de quien emite informaciones y la alusiva a quien las recibe, cuyo derecho es tan valioso como el de aquél, se constituyen en el verdadero concepto del derecho a la información. En él aparece, desde su primera enunciación, una de sus limitantes: el derecho a informar llega hasta el punto en el cual principie a invadirse la esfera del derecho de la persona y la comunidad, no ya únicamente a recibir las informaciones sino a que ellas sean veraces e imparciales."²⁹

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

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

28 Uno de los contenidos constitucionales sobre el derecho a la comunicación, más cercano a los que actualmente se encuentran en la Constitución del Ecuador, es el de la Constitución colombiana, vigente desde 1991, esto es, antes de que se expida la última del Ecuador.

29 La cita ha sido tomada del texto escrito "Nuevos contextos para un derecho en cambio", que corresponde a la intervención que Germán Rey tuvo en Quito en 1998, a la que aludimos antes.

veraz distinto a la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, tanto en sus titulares y objeto, como en su contenido y estructura.”

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

- Garantiza la búsqueda, recepción, conocimiento y difusión de información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, sobre acontecimientos de interés general y que preserve los valores de la comunidad, “especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales”.
- Garantiza la recepción de información adecuada y veraz sobre el contenido y las características de los bienes y servicios públicos y privados.
- Garantiza la cláusula de conciencia y el secreto profesional³⁰ a favor de periodistas, comunicadores sociales y emisores de opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación.

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

³⁰ La cláusula de conciencia es una protección contra las pretensiones de dueños y directores de los medios de imponer al comunicador una visión de la realidad o de constreñir su libertad de expresión y opinión. El secreto profesional, por su parte, busca proteger la identidad de las fuentes de las que se ha obtenido la información, para salvaguardar el derecho ciudadano a saber. Acerca de este último, Francisco Laporta (1997) señala que de lo que se trata es de “evitar que las fuentes por donde manan los datos que nos informan de algunos aspectos de la realidad no se cieguen, no se taponen a causa de potenciales represalias o controles sociales, jurídicos o políticos de cualquier tipo”. Y sobre la primera dice que se trata de proteger que “algunas informaciones u opiniones sobre aspectos de la realidad, cuyo vehículo es un informador o grupo de informadores, dejen de acceder al ámbito del discurso público, como consecuencia de un condicionamiento económico de carácter personal”.

Dice Rodríguez Bereijo (1997): "La veracidad es, por de pronto, condición que viene contemplada por el propio artículo 20.1 de la Constitución [española] pero la precisión de qué debe entenderse por veracidad ha sido concretada por el Tribunal. La veracidad de la información no se identifica con la verdad material en el proceso penal ni con una realidad incontrovertible (STC 3/1997). *Veracidad*, en el sentido del artículo 20.1d, no significa que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada en juicio. Lo que el requisito de *veracidad* supone es que el informador tiene un especial deber de comprobar la realidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional... *Información veraz* significa, pues, información comprobada o contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa... El requisito constitucional de la veracidad no va dirigido, pues, tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información 'cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado...' (STC 4/1996, igualmente SSTC 105/1990, 171/1990, 172/1990, 336/1993, 41/1994 y 139/1995)."

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

El tema recientemente introducido da pie para mucho más y el debate en torno a él continúa siendo un reto³¹. En el fondo, están la preocupación de los medios en torno a regulaciones sobre su actividad y el consiguiente riesgo de que la libertad de prensa y la libertad de expresión se vean amenazadas, y la preocupación de la ciudadanía frente al poder que indudablemente tienen los medios; dos preocupaciones que también se vinculan con el acápite siguiente.

VII. Función social, responsabilidad social

Sostiene Félix Ortega (1997) que "lo que los medios crean es un espacio social de reflexión común en el que se fusionan los diversos intereses en conflicto... De modo que es en virtud de la comunicación mediática como se propician las bases tanto del consenso integrador cuanto del disenso que facilita los procesos de cambio"; pero, que "Lo que no posibilitan estos medios, en cambio, es la construcción de ámbitos institucionales autónomos. Esto es, llenan el déficit institucional de una sociedad

³¹ Vale recordar aquí las citas 2 y 3 de este artículo.

civil escasamente articulada pero a condición de no devolverle el protagonismo a la propia sociedad. Porque el carácter contingente de lo mediáticamente público obliga a que el ciudadano les preste continua atención si quiere sentirse vinculado a la realidad social". Y añade que "Los medios de comunicación, en sociedades que no se han dotado históricamente de instituciones integradoras, no encuentran competidores en sus acciones de modelado social. Son ellos los que ocupan la centralidad social; los que configuran la conciencia colectiva y se convierten en referentes permanentes a los que los sujetos vuelven una y otra vez con el objetivo de reconocerse, de encontrar la identidad común en la que creen participar."

La cita –creo- nos viene a los ecuatorianos como anillo al dedo, aunque el análisis de Ortega tiene los ojos bien puestos en su propia España. Y es por eso que me ha parecido interesante traerla a estas páginas, aún a costa de no compartir otras reflexiones, igual o más sesudas, sobre el papel que desempeñan los medios de comunicación en nuestras sociedades y en nuestras vidas. No voy a adscribir a ninguna tesis absoluta sobre el poder de los medios; pero, sí a la de que, en el juego social de significaciones y sentidos en el que todos y todas participamos, ellos ejercen una extraordinaria influencia. La razón, para mí, es casi elemental: su capacidad de masificación y, en el caso de la televisión, la fuerza que ejerce la imagen como referente visual inmediato de la realidad: "ver para creer".

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

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

La otra gran consideración que abona a favor del hecho de que los medios de comunicación, por muy empresas y negocios que sean, cumplen una función social

es la singular circunstancia de que su materia prima y el producto que, en definitiva, también ofertan y venden es la comunicación, nada más y nada menos que un bien social, un bien público. Así queda claro en la Constitución de 1998, cuando establece que:

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

VIII. La responsabilidad por las palabras

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

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

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

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

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

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

- La prohibición de transmitir “diligencias judiciales por los medios de comunicación” y la de su “grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores”.

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

IX. Para terminar

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

La actual Constitución ecuatoriana, como cualquier otra Constitución, de cualquier país del mundo, ni es ni puede ser perfecta. Suele ponerse como ejemplo de perfección a la viejísima Constitución de los Estados Unidos de América; pero, así mismo, suele soslayarse que dicha Constitución ha tenido alrededor de 20 enmiendas y suele omitirse la muy especial circunstancia de que el sistema anglosajón descansa fundamentalmente en los precedentes judiciales, un rasgo que hace de los textos legales escritos, incluida la Constitución, seres absolutamente vivientes gracias a las interpretaciones y argumentaciones –muy sesudas- que elaboran los administradores de justicia. Lo que acabo de decir no es una excusa para lo que haya que mejorar en la Constitución Política de la República del Ecuador, ni para hacerle el quite a los debates que sean necesarios. Por el contrario, creo que el debate es indispensable, tanto como lo es encontrar las vías más equitativas para constituir a la ciudadanía y a los medios de comunicación en interlocutores activos y en interpelantes competentes. Todo, en aras de un Ecuador enrumbado hacia la solidificación de una democracia participativa y deliberante.

Bibliografía

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

ILANUD y Comisión de las Comunidades Europeas (1993): *Justicia penal y libertad de prensa*, [Ponencias producidas en el marco del proyecto "Justicia penal y libertad de prensa en Centroamérica y Panamá], Costa Rica.

Kapuscinski, Ryszard (1997): "El periodismo en Europa central y oriental", en *Claves de Razón Práctica* No. 72, mayo 1997, págs. 8-12.

Laursen, John (1997): "La libertad de prensa", en *Claves de Razón Práctica* No. 72, mayo 1997, págs. 49-52.

Martín-Barbero, Jesús (1998): *De los medios a las mediaciones*, Santafé de Bogotá, Convenio Andrés Bello.

Ministerio de Desarrollo Urbano y Secretaría Nacional de Participación Popular de Bolivia (1997): *Comunicación sin centro. Sueños y señas para descentralizar la comunicación... y democratizarla*, La Paz.

Morin, Edgar (1999): [Edición castellana en Ecuador, 2003] *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Quito, Santillana S.A.

Ortega, Félix (1997): "Del auge del periodismo", en *Claves de Razón Práctica* No. 72, mayo 1997, págs. 53-58.

Pearson, Judy, Lynn Turner y W. Todd-Mancillas (1985): *Gender and Communication*, Dubuque, Wm. C. Brown Publishers [edición castellana: *Género y Comunicación*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1993].

Proyecto Latinoamericano para Medios de Comunicación (PROMEFES) (1997): *Mecanismos de regulación y normas éticas para los medios de comunicación*, Quito.

Ramonet, Ignacio (1998): [edición castellana]: *La tiranía de la comunicación*, Madrid, Editorial Debate S.A.

Rey, Germán (1997): "Nuevos contextos para un derecho en cambio" [ponencia presentada en Quito, marzo de 1998].

Rodríguez, Álvaro (1997): "La libertad de información en la jurisprudencia constitucional", en *Claves de Razón Práctica* No. 72, mayo 1997, págs. 2-7.

Savater, Fernando (1999): *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Editorial Ariel S.A.

Salgado, Hernán (ed.) (1986): *Las reformas constitucionales de 1986*, Quito, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales y Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Trabucco, Federico (1975): *Constituciones de la República del Ecuador*, Quito, Editorial Universidad, Universidad Central.

Zimmerling, Ruth (1993): "El mito de la opinión pública", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa-14* (1993), Alicante, Universidad de Alicante.

El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999

Allan R. Brewer-Carías

I. INTRODUCCIÓN

Una reforma de la Constitución debe ser siempre el resultado, no de la imposición de la voluntad de una facción política sobre la otra, sino del consenso político¹.

Esa es la clave del éxito de las Constituciones, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o pacto de toda una sociedad y no de voluntades o mayorías circunstanciales; la cual debe ser diseñada mediante mecanismos de inclusión y no de exclusión. La historia enseña, por lo demás, que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza, así sea de una mayoría circunstancial, puede perdurar ni perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que trascienda, por sobre todo tiene que ser fruto de la inclusión y configurarse en un instrumento para el consenso y la conciliación. Y ello es válido cualquiera que sea la motivación de la reforma constitucional. Esta, ciertamente, a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de una ruptura del hilo constitucional, mediante una revolución o un golpe de Estado, como tantos ejemplos también conocemos en América Latina; en otros casos, incluso, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, formulado en democracia, como también nos lo muestra la historia. Pero en todo caso, lo esencial para que trascienda, es que debe ser un instrumento inclusivo, para la conciliación, que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular.

Al contrario, una reforma constitucional, incluso mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente, que tenga como propósito imponerle a un país un proyecto político que se aparte de las líneas de la democracia y que sea de corte autoritario, durará el tiempo que dure el régimen de gobierno de exclusión, el cual inevitablemente terminará más tarde o más temprano, en una nueva búsqueda de mecanismos de conciliación.

¹Véase Allan R. Brewer-Carías, "Algo sobre la experiencia venezolana de 1999, la reforma de la Constitución y la Asamblea Constituyente", en *Que? Periódico Mensual con Respuestas, Goberna & Derecho*, Año 1, No.1, Guayaquil, 15 de enero de 2007.

Ese es el reto que tiene todo país al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos, primero, mediante la reformulación de las formas de su ejercicio para hacerla más representativa y además, incorporar mecanismos de la democracia directa; segundo, mediante la distribución efectiva del poder público en forma vertical, descentralizándolo hacia las comunidades territoriales para hacer posible la participación democrática, la cual sólo puede ocurrir con la reformulación del régimen regional y local, reforzando el de las provincias, cantones y parroquias, para acercar el poder al ciudadano; tercero, mediante la reafirmación del principio de la separación de poderes, previendo los efectivos mecanismos para asegurar la independencia y autonomía de los poderes, y por sobretodo, el control recíproco, que es donde radica la base de la propia democracia como antídoto frente el autoritarismo; y entre esos controles, el judicial, mediante la reformulación del sistema de justicia ,es uno de los más importantes para asegurar aún más su independencia y autonomía.

Venezuela vivió, a finales de los años noventa del siglo pasado, un proceso de crisis política de la democracia de partidos² muy similar a la que ahora vive Ecuador, que condujo a la necesidad de pensar en la reformulación del sistema político democrático, mediante la convocatoria en democracia de una Asamblea Nacional Constituyente. Su misión, cuando se formuló el proyecto, era fundamentalmente el diseño de un nuevo Estado basado en el perfeccionamiento de la democracia.

Aún cuando dicha institución de la Asamblea Constituyente no estaba prevista en la Constitución vigente para el momento de 1961, como tampoco está prevista en la ahora vigente Constitución de Ecuador de 1998, después de varias impugnaciones por razones de inconstitucionalidad contra la voluntarista convocatoria de la Asamblea que hizo en 1999 el presidente Hugo Chávez, y después de diversas decisiones del Tribunal Supremo que, en definitiva, abrieron la vía para su elección, ésta se efectuó con el condicionante de que la Asamblea debía funcionar dentro del marco de la propia Constitución vigente para el momento, tal como se había interpretado por el Supremo Tribunal.

Un referendo consultivo, similar a la consulta popular que se ha efectuado en Ecuador el 15 de abril de 2007, precedió la elección de los miembros de la Asamblea, la cual sin embargo, por el sistema electoral que se diseñó en forma unilateral (como también ha ocurrido en Ecuador), la misma resultó dominada en más de un 95% por los seguidores del presidente Chávez, constituyéndose en esa forma en un instrumento político de exclusión, que le aseguró el asalto y apoderamiento total del poder. La Asamblea Constituyente de Venezuela, de 1999, le impuso a los venezolanos sin que hubiera consenso ni conciliación alguna, un texto constitucional que, lamentablemente, ni perfeccionó la democracia, ni aseguró la descentraliza-

2 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988; *La crisis de las instituciones: responsables y salidas*, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado) FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 11, Caracas 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 64, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 129-155

ción política, ni solidificó la separación de poderes, ni aseguró la independencia y autonomía del poder judicial. Todo ello con la grave consecuencia de que a pesar de las avanzadísimas regulaciones establecidas en materia de derechos humanos, ellos en la práctica no pasan de la sola letra de la Constitución, sin posibilidad efectiva de ejercicio cuando se está en posición antagónica al gobierno, dado el sometimiento del poder judicial al poder político y el proceso de criminalización de la disidencia.

La Constitución de 1999, que resultó del trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente, en consecuencia y lamentablemente, fue una Constitución que diseñó un sistema de concentración del poder en el Ejecutivo, con una clara exclusión respecto de los partidos políticos, que funciona en un sistema político de presidencialismo extremo y exacerbado, montado sobre un militarismo constitucional nunca antes conocido en el país, y en una forma de Estado signada por el centralismo, en el cual la Federación no es más que una simple palabra sin contenido alguno, y sin posibilidad efectiva alguna de provocar descentralización política. Ese Estado, además, por la concentración del poder, ha originado un poder judicial sometido y dependiente, que no garantiza la vigencia efectiva de los derechos humanos. Por otra parte, el esquema, además, está montado sobre un estatismo extremo que se ha alimentado por la riqueza petrolera estatal, lo que en definitiva imposibilita la participación política, la cual sólo puede darse cuando el poder está cerca del ciudadano y sus comunidades, actuando con autonomía.

Ese Estado todopoderoso, que todo lo controla y todo lo posee, además, con la excusa de la política antipartido, ha ahogado la democracia en lugar de haberla perfeccionado, eliminando totalmente el sistema democrático pluralista de partidos. Ello se corrobora con el proyecto en curso de formación de un sistema de partido único imbricado en el Estado y la Administración, para controlar y usar el “Estado rico” propio de un país pobre que tenemos, con políticas populistas que en definitiva están acabando con la propia democracia y el pluralismo.

La Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, por si misma no es la solución de nada. No es por supuesto una panacea, y si bien puede ser un instrumento para rediseñar el sistema político y perfeccionar la democracia, particularmente en un momento de crisis política, si no se configura como un instrumento inclusivo, de conciliación y consenso, se puede convertir en el instrumento para consolidar un gobierno autoritario, como fue la experiencia venezolana de 1999.

En todo caso, no hay que olvidar que América Latina ha sido un continente lleno de historias sobre Asambleas Constituyentes. Todos nuestros países han tenido muchas en su historia constitucional, habiendo sido en general fruto de rupturas del hilo constitucional convocadas entonces luego de una revolución, un golpe de Estado o una guerra interna; es decir, han sido en general el producto de un desconocimiento fáctico previo de la Constitución vigente.

Sin embargo, en las últimas décadas, en América Latina se ha venido configurando una nueva modalidad de proceso constituyente y de Asambleas Constituyentes que

no han sido el producto de una ruptura constitucional previa, sino que aún cuando no estando previstas y reguladas en la Constitución (como ahora sucede, por ejemplo, en la Constitución de Paraguay), han sido electas en democracia con base en interpretaciones de la Constitución vigente. Es lo que ha sucedido en los últimos lustros, por ejemplo, en Colombia en 1991, en Venezuela en 1999, en Bolivia en 2006 y ahora está en proceso de ocurrir en Ecuador en 2007.

En ese contexto, el caso de Venezuela ha sido sintomático, pues allí, en 1999 se produjo la elección, en democracia y sin que hubiera habido una ruptura previa del hilo constitucional, de una Asamblea Nacional Constituyente que no estaba prevista ni regulada en la Constitución de 1961, con base en la interpretación de la misma hecha por la Corte Suprema de Justicia; pero con la peculiaridad de que en ese proceso constituyente, fue la propia Asamblea Constituyente, así electa, la que terminó dando un golpe de Estado, irrumpiendo contra la Constitución vigente e interviniendo todos los poderes constituidos, violando el principio democrático de la representatividad. Se trató, entonces, de un golpe de Estado constituyente, que sirvió de instrumento para el asalto al poder, para la violación del orden constitucional y el establecimiento de las bases de un régimen autoritario.

Por tanto, este neo-autoritarismo que los latinoamericanos estamos comenzando a percibir como conformándose en Venezuela, no fue el resultado de un golpe de Estado militarista previo al proceso constituyente de 1999, sino que es el producto del golpe de Estado dado en medio del proceso constituyente por una Asamblea Constituyente cuya misión era otra.

La experiencia venezolana, por tanto, es importante que se conozca en Ecuador, particularmente porque en sus inicios a comienzos de 2007, el proceso ecuatoriano tiene demasiadas similitudes con lo que ocurrió en Venezuela a comienzos de 1999.

Mi intención es referirme, precisamente a los inicios del proceso constituyente en Ecuador y las lecciones de la experiencia venezolana, para lo cual dividiré mi exposición en tres partes: primero voy a intentar hacer un recuento de las vicisitudes políticas y jurídicas del proceso ocurridas en Ecuador en los primeros tres meses de 2007; segundo, me voy a referir al proceso constituyente venezolano de 1999; y tercero, voy a puntualizar lo que en mi criterio son los resultados de aquél proceso, ocho años después.

II. LAS VICISITUDES POLITICAS Y JURÍDICAS EN LOS INICIOS DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR EN 2007

1. El Decreto presidencial N° 2 de 15 de enero de 2007 de convocatoria a una consulta popular sobre la Asamblea Constituyente

El presidente Rafael Correa, en lo que materialmente fue su primer decreto de gobierno, dictado en el mismo día de la toma de posesión de su cargo, el 15 de enero de 2007, dictó el Decreto N°. 2 convocando a una consulta popular para que se convoque e instale una Asamblea Constituyente, en términos muy similares al Decreto N°. 3 del presidente Hugo Chávez de Venezuela, dictado en mismo día de la toma de posesión de su cargo el 22 de febrero de 1999 convocando a un referendo consultivo sobre el mismo tema. Los venezolanos en su inmensa mayoría, antes de votar no tuvieron posibilidad real de saber claramente qué era lo que se les estaba consultando, lo que originó múltiples problemas de interpretación constitucional. La verdad es que la Constituyente, en el discurso político del presidente Chávez, había sido total y deliberadamente confundida con el deseo de cambio político, que era real y efectivo, por lo que en definitiva el pueblo por lo que votó fue por ese cambio, sin saber que en realidad estaba votando por un instrumento jurídico constitucional excepcionalísimo, por el cual nunca en democracia se había votado antes en toda la historia constitucional del país.

Dada esa experiencia venezolana, los ecuatorianos también debieron haber sabido claramente por qué fue por lo que votaron el 15 de abril de 2007, pero tampoco fue así, al menos de lo que resulta de las encuestas publicadas antes de la elección que mostraron altísimos índices de desconocimiento de que era una Asamblea Constituyente y para qué servía. En todo caso, ya sabrán los ecuatorianos, como *ex post facto* lo supieron los venezolanos, de qué se trata un proceso constituyente resuelto por votación popular.

El Decreto presidencial No. 2, convocando una consulta popular, fue para que el pueblo se pronunciara sobre la siguiente pregunta:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

El Decreto dispuso que en la papeleta de votación, se debía incorporar el Estatuto de la Constituyente relativo a su elección, instalación y funcionamiento que el presidente propuso en forma unilateral, sin debate alguno en el país. En dicho Estatuto, sobre la "naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente" se dispuso en su artículo 1º, lo siguiente:

Artículo 1. Naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para

elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio.

El Decreto se dictó invocando en sus considerandos, lo dispuesto en la Constitución vigente de 1998, particularmente lo que dispone el artículo 1, que preceptúa que “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”, texto que en forma muy similar también estaba en la Constitución venezolana como en todas las latinoamericanas.

Uno de esos medios democráticos en Ecuador –que sin embargo no estaba en la Constitución de Venezuela aún cuando sí en la ley del Sufragio- es la consulta popular que el Presidente de la República puede convocar conforme al artículo 171,6 de la Constitución. Sin embargo, conforme a la Constitución, esta disposición sólo podría invocarse cuando se trate de las materias especificadas en el artículo 104, es decir, o para reformar la Constitución conforme se dispone y regula en el artículo 283, o cuando se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas a la reforma de la Constitución.

El Presidente de la República optó por invocar el segundo supuesto de la norma como motivo para convocar la consulta popular, es decir, una cuestión de trascendental importancia para el país *distinta a la reforma de la Constitución*, pero en verdad, con la pregunta formulada para la consulta lo que se logró materialmente fue la creación de un órgano constitucional que no está previsto en la Constitución, es decir, se aprobó una reforma constitucional. En otras palabras, se utilizó una norma constitucional que expresamente dispone que no puede utilizarse en caso de reforma constitucional para provocar una reforma constitucional. Por tanto, con la aprobación de la consulta el 15 de abril de 2007, en definitiva, se reformó la Constitución sin seguirse las previsiones de los artículos 280 a 284 de la Constitución, al establecerse otro mecanismo para reformar la Constitución distinto a los establecidos en esos artículos, y ello sin seguirse los pasos para la reforma de la Constitución allí regulados.

Estos son temas jurídicos constitucionales que han quedado pendientes de ser resueltos en Ecuador, por el único órgano con poder para ello que es el Tribunal Constitucional. Se trata del dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular que tiene que ser resuelto, pero no por las vías de los hechos cumplidos, sino por decisión del máximo intérprete de la Constitución que ejerce la Jurisdicción Constitucional (artículo 276,1). El mismo dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular se planteó en Colombia en 1991 y en Venezuela en 1999, y en esos países el tema fue resuelto por la Jurisdicción Constitucional antes de la realización de la consulta popular.³

³ Véase sobre el caso venezolano Allan R. Brewer-Carías, Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente), Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 296 pp.; “La confi-

Pero en el decreto presidencial del Ecuador, como también se expresó en el Estatuto que propuso el Presidente venezolano en 1999, se planteó la convocatoria de una Asamblea Constituyente “con plenos poderes para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución”. Con fraseología distinta, pero con exacto sentido y contenido se convocó la Asamblea Constituyente en Venezuela en 1999. Esto plantea otro tema pendiente de discutirse y resolverse, de orden operativo, relativo a si la Asamblea Constituyente durante su funcionamiento, estará sometida, como todos los órganos del Estado y los individuos, a la Constitución de 1998 que le dio origen, la cual conforme se deduce del propio Estatuto de la Asamblea, debería permanecer vigente hasta que el pueblo, mediante referendo, apruebe la nueva Constitución. Ello, por ejemplo, no quedó claro en Venezuela en 1999, y la Asamblea Nacional Constituyente de ese año, una vez electa, se apartó de la Constitución alegando que tenía poder constituyente originario, que en la terminología utilizada en Ecuador es con “plenos poderes”. Es decir, esas dudas que no llegaron a ser dilucidadas en Venezuela con anterioridad a la elección de la Asamblea, condujeron a una Asamblea Constituyente que asumió todos los poderes del Estado, y que intervino y disolvió los poderes constituidos, todo al margen de la Constitución entonces vigente.

A continuación intentaremos resumir los aspectos más resaltantes del debate jurídico que se desarrolló en el Ecuador luego de la emisión del decreto N°. 2, hasta la realización de la consulta popular, los cuales hemos elaborado partiendo de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación.⁴

2. *La sumisión del Decreto Presidencial al Tribunal Supremo Electoral*

El Decreto N° 2 dispuso que el Tribunal Supremo Electoral (TSE) debía organizar, dirigir, vigilar y garantizar la consulta popular, por lo que el 16 de enero de 2007, el Presidente de la República le remitió oficialmente el Decreto. El 22 de enero, el Presidente del TSE precisaba el rol del Tribunal diciendo que no le correspondía calificar la constitucionalidad del Estatuto y la convocatoria a consulta popular, sino solo “la viabilidad para ejecutarla”. Entretanto, la prensa ya anunciaba modificaciones al Decreto, particularmente en torno al estatuto de elección de los constituyentes y a su número, que en lugar de 87 podrían ser 130.

Por su parte, el Ministro de Gobierno consideraba que existía un avance en el debate, ya que no se estaba hablando de si había o no Asamblea Constituyente, sino que lo que se discutía era si esta debía ser aprobada por el Tribunal Supremo Electoral o por el Congreso, y reiteraba que el régimen considera que esta debía pasar por el organismo del sufragio, ya que la atribución del Presidente de convocar a una consulta popular, estaba establecida en el artículo 104 de la Constitución.

guración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Revista de Derecho Público*, No 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453- ss

⁴ Para ello hemos seguido las informaciones aparecidas en www.ecuadorinmediato.com

3. *La remisión del Decreto Presidencial al Congreso por parte del Tribunal Supremo Electoral*

El 23 enero de 2007, el vicepresidente del Tribunal Supremo Electoral, informaba que el organismo del sufragio había resuelto con cuatro votos contra tres, enviar la consulta popular al Congreso Nacional para que fuera esta función del Estado la que resolviera la convocatoria a una consulta popular en la que el pueblo decidiera la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Expresó entonces, que le tocaba al Congreso Nacional resolver la decisión del organismo electoral, que se produjo y advirtió después, de que se había suspendido la sesión por falta de garantías, es decir, por falta de normalidad y seguridad después de incidentes provocados por manifestaciones en los alrededores de la entidad.

En todo caso, la prensa informaba que “el gobierno de Rafael Correa fracasó en su intento de convocar a una consulta popular de forma directa para instalar una Asamblea Constituyente.”

El día siguiente, 24 de enero, el Presidente Correa, en una rueda de prensa en el Palacio Presidencial de Carondelet, rechazó que el Tribunal Supremo Electoral se reuniera clandestinamente para enviar el estatuto de la Asamblea Constituyente y la propuesta de consulta popular al Parlamento Nacional para su aprobación, acusando a los vocales del Tribunal Supremo Electoral, de haber decidido “escondidos en un hotel”, considerando que “rompiendo la Constitución”, habían decidido “pasar la consulta popular, que le ordenamos realizar, al Congreso Nacional”. La prensa reseñaba la opinión de que el ordenamiento jurídico dispone que el Parlamento debía dar su aprobación a consultas presidenciales que supongan reformas constitucionales, y hay distintas interpretaciones sobre este punto.

El Ministro de Gobierno calificó la remisión, como una “mera consulta”, insistiendo que el organismo electoral tenía la obligación de organizar la consulta, según el artículo 104 de la Constitución, es decir, la convocatoria y el trámite de la misma consulta. El Presidente del Tribunal Supremo Electoral (TSE), Jorge Acosta, aseguraba que habían analizado todos los fundamentos de derecho para resolver el envío de la consulta y el estatuto de Asamblea Constituyente para que fueran analizadas por el Congreso, criticando la forma en que fueron presionados.

En todo caso, en los días siguientes, el gobierno envió formalmente al Congreso las reformas al Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, que estaba como anexo al Decreto N°. 2, formuladas en Decreto N°. 54, manifestando su disposición de observar todos preceptos legales, a fin de que no existiera ninguna excusa por parte del Congreso Nacional para no dar paso a la Consulta Popular, exhortando ahora al Congreso a cumplir con uno de los mandatos populares de dar paso a la Asamblea Nacional Constituyente.

El 29 de enero se anunciaba que el Congreso se disponía a decidir sobre el tema, y en el debate, por supuesto se formularon posiciones encontradas, de manera que por ejemplo, el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales que estu-

diaba el asunto consideraba “como inconstitucional a la referida consulta popular y al estatuto para la Asamblea Constituyente”, pues para “pretender reformas a la Carta Política, la única vía es el Congreso Nacional”.

En la misma fecha el vicepresidente de la república afirmaba que se había agotado el diálogo con los congresistas y miembros del Tribunal Supremo Electoral sobre la convocatoria a una consulta para instituir una Asamblea Constituyente, y además anticipaba que el Ejecutivo “crearía un Tribunal Electoral ad hoc si hasta el jueves 1 de febrero el TSE no organiza la consulta popular”. Ello fue calificado por el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales como una “violación flagrante a la Constitución y sería un hecho de facto que rebasaría lo poderes del Presidente de la República y nos encontraríamos en un poder dictatorial.”

El 30 enero reseñaba la prensa sobre las miles de personas concentradas ante la sede del Congreso, en Quito, para exigir la convocatoria a una consulta popular sobre una Asamblea Constituyente de plenos poderes, que redacte una nueva Carta Magna.

El 3 de febrero el Presidente de la República, en relación con las discusiones en el Congreso, advertía que el gobierno no aceptaría cambios traumáticos al estatuto de la Constituyente, ni condiciones de la partidocracia, alertado que si el Congreso persistía en trabar la celebración de la consulta, “llamaría nuevamente a la ciudadanía a salir a las calles para que defendiera su derecho a cambiar el país como soberano. La población ya dio muestras de que de no está dispuesta a aguantar más abusos y aclaró que no se ha sembrado vientos para cosechar tempestades, sino ciudadanía para cosechar más democracia.”

Uno de los temas centrales en el debate parlamentario fue el de los plenos poderes que se querían atribuir a la Asamblea Constituyente, a cuyo efecto en la Comisión de Asuntos Constitucionales se presentaron propuestas para la modificación de la pregunta de la consulta, para reducir los “plenos poderes” sólo para elaborar una nueva Constitución, y para elimina la propuesta inicial para que la Asamblea tuviera la posibilidad de modificar el marco institucional del Estado, circunscribiéndose su labor específica a emitir una nueva Carta Política. Se trataba de una propuesta para buscar la posibilidad de que el Congreso diese paso a la consulta incluyendo una modificación del estatuto que permitiera que el Congreso realizase reformas constitucionales que también fueran al mismo referendo ratificatorio al que debía someterse la Constitución de la Asamblea Nacional Constituyente.

El 8 de febrero otro diputado indicaba que se buscaba consenso en cuanto al tema de la consulta popular y posterior instalación de la Asamblea Constituyente, de manera que la misma respetara “los poderes constituidos y garantizara la participación de todos los ciudadanos”. Agregaba el diputado que la constituyente debía “respetar las funciones de las instituciones legalmente constituidas”, aclarando que “dar plenos poderes se corre el riesgo no únicamente de una disolución del Congreso, sino del Ejecutivo, Corte Suprema, tribunal Constitucional y Supremo Electoral, algo que podría desarticular el aparato institucional del Estado, lo cual nadie apoya.”

(SIC) A ello respondió el 9 febrero el Ministro de Gobierno, indicando “que no se pretende, a través de la Asamblea, disolver los poderes del Estado.” Otros diputados consideraban, al contrario que “la Asamblea Nacional Constituyente es de plenos poderes aunque otros digan lo contrario, ya que está establecido en diferentes doctrinas que una Asamblea tiene plenos poderes, a diferencia de una reforma constitucional que se podría hacer desde el Congreso.”

De acuerdo con este debate, una de las propuestas en el Congreso, apuntaba a que la Asamblea Constituyente respetara “los períodos del Ejecutivo, Legislativo, prefectos, alcaldes, consejeros, concejales y delegados a Juntas Parroquiales”, y no interfiriera en sus funciones; otros congresistas plantearon la necesidad de que se le dieran “atribuciones ilimitadas a la Asamblea”. Una de las propuestas que se formularon para el pronunciamiento del Congreso se formuló sobre la base del artículo 283 de la Constitución, con el estatuto incluido, para que los ecuatorianos contestaran la siguiente pregunta:

“Está usted de acuerdo en que se convoque a una Asamblea Nacional Constituyente con el único propósito de hacer una nueva Constitución Política de la República. Ésta asamblea no podrá modificar los períodos de presidente vicepresidente de la República, diputados, prefectos, alcaldes, concejales, consejeros y juntas parroquiales. Ni el Congreso ni el Gobierno nacional interferirán en la labor de la asamblea ni ésta última en aquellos”.

El 12 febrero el Presidente de la República, ante la falta de decisión del Congreso, anunciaba que si no se decidía el asunto perentoriamente por el Congreso y el Tribunal Supremo, “se organizará un tribunal electoral Ad hoc que organice el referéndum”, insistiendo en que no cedería sobre el tema de los “plenos poderes” que se quería eliminar “para no poner en peligro a la partidocracia”. Anunciaba: “El plan B lo tenemos listo: hemos dicho que creemos que constitucionalmente se puede hacer un tribunal electoral Ad Hoc, de acuerdo al artículo 104, porque quien convoca a la consulta no es el TSE, es el Presidente, la consulta está convocada y el Tribunal tiene que ejecutarla y si el Tribunal no la ejecuta, el Presidente tiene todo el derecho de nombrar un Tribunal Ad hoc que organice la consulta que constitucionalmente está convocada.”

4. *La decisión del Congreso*

El 13 de febrero de 2007, con 57 votos, el Congreso Nacional aprobó dar paso a la consulta popular como paso previo a la instalación de una Asamblea Constituyente, pero con una serie de modificaciones al proyecto original.

En particular, resolvió calificar “de urgente la convocatoria a consulta popular para que el pueblo se pronuncie sobre la instalación de una Asamblea Constituyente de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva constitución, respetando la voluntad popular expresada en las urnas, tanto el 15 de octubre como el 26 de noviembre del 2006.”

Los legisladores además, incorporaron al artículo 1 del Estatuto de la Asamblea que se refiere a su naturaleza y finalidad, el siguiente inciso:

“La transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución entrarán en vigencia con la aprobación, en referéndum, de la nueva Constitución”.

Finalmente decidieron remitir la resolución al Presidente de la República para los fines pertinentes y dispusieron que el Tribunal Supremo Electoral en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales, organice supervise y dirija el proceso de consulta popular.

El Presidente de la República el 14 de febrero consideraba que con esa decisión, el Congreso “se había sometido a la voluntad popular al haber aprobado la consulta popular con 57 votos”; y en esa misma fecha, se anunciaba la decisión del Tribunal Supremo Electoral, de que la convocatoria oficial de la consulta popular se haría el 1 de marzo y la votación se realizaría el 15 de abril de 2007; aún cuando se encontraba a la espera de “una posible modificación al estatuto para la Asamblea Constituyente, por parte del Ejecutivo.” Uno de sus miembros sugirió al Presidente de la República que tomara en cuenta las sugerencias de los legisladores, y emitiera un nuevo decreto ejecutivo con el que reforme al estatuto inicial.

En la misma fecha del 14 de febrero, el Presidente de la República, ya manifestaba su posición sobre el tema central del debate parlamentario, cuestionando la decisión del Congreso y anunciando que “una vez que se haya instalado la Asamblea Nacional Constituyente pondrá a disposición su cargo y pedirá la disolución del Congreso Nacional”; ello a pesar de que el Parlamento en día anterior había negado la posibilidad de que la Constituyente destituya a las dignidades elegidas el 15 de octubre y el 26 de noviembre.

De igual forma, el Presidente de la República consideró, que era “necesario reconocer que el poder constituyente trabaja en base a que la soberanía radica en el pueblo”, y asimismo, el 18 de febrero además, precisaba que “para el Gobierno, la consulta está en el Tribunal Supremo Electoral (TSE) y no en el Congreso Nacional.”

5. *El debate sobre la decisión a cargo del Tribunal Supremo Electoral*

Con la decisión del Congreso se abrió un nuevo debate en torno a los pasos a seguir, y en particular sobre lo que el Tribunal Supremo Electoral debía hacer.

El mismo 14 de febrero, uno de sus vocales explicaba que el Congreso había realizado “algunas propuestas sobre el estatuto”, precisando que “ese es un tema que está contemplado en el decreto Ejecutivo enviado por el Presidente de la República, por lo cual el Primer Mandatario es quien decide si acoge o no las sugerencias realizadas por el Parlamento, puesto que lo que ha hecho el Congreso es remitir, tanto al Presidente como al TSE, que se viabilice la consulta popular.” Agregaba que pensaba que el Presidente debía dictar un nuevo Decreto, y que el había tomado la

iniciativa de la convocatoria a la consulta popular con el decreto N°. 2, que luego reformó con el Decreto N°. 54, y que “ahora también deberá reformarlo si es que así es el caso, tomando en cuenta las sugerencias del Congreso Nacional.” De ello concluía señalando que lo único que debía hacer el Tribunal Supremo Electoral “es codificar los tres decretos ejecutivos para efectos del estatuto, porque la pregunta está desde el decreto N° 2.”

Para el 21 de febrero, el Tribunal Supremo Electoral se encontraba analizando el documento que condensa en uno solo los decretos ejecutivos N°s 002 y 54, concernientes al estatuto para la Asamblea Popular; informándose que habían discrepancias en torno a si ese documento también debía incluir las reformas realizadas por el Congreso Nacional al momento de calificar como urgente el llamado del Ejecutivo. Para algunos vocales del organismo, las modificaciones que el Congreso Nacional había hecho al estatuto de la consulta popular “serían válidos si el Presidente de la República las acoge, puesto que es él quien tiene la iniciativa legislativa porque es el que puede a través de un Decreto Ejecutivo convocar a la consulta popular y además hacerlo, como lo hizo, con la inclusión de un estatuto para que el pueblo ecuatoriano lo acoja o no el momento de la consulta.” Agregaba el Vocal que “si el Presidente acoge esas observaciones realizadas desde el Legislativo pues ese también será un tercer decreto que esperamos llegue antes del 1 de marzo para nosotros poder anunciar la convocatoria en base a la pregunta y al estatuto que codificaría un tercer decreto”.

En el Tribunal Supremo Electoral se esperaba, por tanto, la emisión de un nuevo decreto por el Presidente de la República que acogiera las propuestas del Congreso y refundiera los decretos N°s. 2 y 54; y para el 26 de febrero, uno de sus vocales consideraba que si se emitía un nuevo decreto, el “Congreso Nacional debería conocer y tramitar un nuevo estatuto si esa fuere la decisión del ejecutivo, caso contrario y por la premura del tiempo el TSE deberá aprobar el estatuto incluyendo las observaciones del Congreso Nacional cuando aprobó la calificación de la consulta popular.”

6. El nuevo decreto presidencial y la decisión del Tribunal Supremo Electoral de convocar la consulta popular

El 27 de febrero, en todo caso, el Presidente de la República emitió un nuevo decreto N° 148, conservando el texto de la pregunta formulada en el Decreto inicial N°. 2 del 15 de febrero, anexando el Estatuto Electoral en el cual se incorporaron modificaciones diversas, el cual fue entregado al Tribunal Supremo Electoral el 28 de febrero.

En particular, la pregunta aprobada fue la siguiente:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

Dicho texto fue idéntico al propuesto inicialmente por el Presidente, por lo que las propuestas del Congreso no fueron acogidas por el Presidente.

En cuanto al Estatuto, en particular respecto del artículo 1º del mismo, el texto aprobado para ser sometido a la consulta popular fue el siguiente:

Artículo 1. *Naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente.* La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio.

La transformación del marco institucional del estado y la nueva Constitución, sólo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución.

En este caso, el texto del artículo 1º también fue idéntico al originalmente propuesto, al cual sin embargo, el Presidente le agregó el último párrafo, que había sido propuesto por el Congreso.

En esos términos fue convocada la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente por el Tribunal Supremo Electoral, lo cual fue saludado por el Presidente de la República quien agradeció a dicho Tribunal, en especial a su Presidente, por haber dado paso a la convocatoria “desobedeciendo las instrucciones y amenazas del partido que lo auspició, cumplió su responsabilidad con el país y con la historia”. En cambio en el Congreso una mayoría de diputados ya anunciaba sanciones contra dicho funcionario por no desconocer las decisiones del Congreso y no haber reenviado el texto de la convocatoria a la consulta popular a su consideración. Frente a ello, el Presidente de la República expresó su solidaridad al principal del TSE frente a las sanciones que anunciadas, considerando que la llamada mayoría parlamentaria estaba “aplastando no solo al Congreso, sino a la Patria entera”

7. *La reacción del Congreso contra el Tribunal Supremo Electoral: remoción del Presidente del Tribunal Supremo Electoral*

El mismo 2 de marzo, en el Congreso se pedía a su Presidente que convocara una sesión extraordinaria con el objetivo de, mediante resolución, destituir al presidente del Tribunal Supremo Electoral, por haber “traicionado la Constitución” al aprobar el estatuto reformado para integrar la Asamblea Constituyente, enviado por el Ejecutivo para viabilizar la consulta popular.

Ello provocó la inmediata reacción del Tribunal Supremo Electoral, donde entre otros factores se consideró la entrada en vigencia, el mismo día 1º de marzo de la nueva Ley de Elecciones que impediría la remoción sugerida dado el carácter de

autoridades máximas de lo electoral que tenían. Además, el presidente del Tribunal Supremo Electoral anunciaba que “nada ni nadie” podía interrumpir el período electoral, considerando los cargos de los miembros del Tribunal como intocables, una vez que entró en vigencia la Ley de Elecciones. Otros miembros del Tribunal advirtieron que quien se opusiera al proceso electoral sería sancionado con “la destitución del cargo y el levantamiento de sus derechos políticos.”

En todo caso, el Congreso resolvió el 6 de marzo de 2007 con el voto de 52 de los 73 legisladores declarar la pérdida de calidad de representante de Presidente del Tribunal, como lo declararon varios legisladores, “por haber incumplido con los mandatos constitucionales y políticos asignados”, considerándose que el Estatuto Electoral modificado debió ser remitido al Parlamento para su análisis, es decir, que debió haberse sometido nuevamente a consideración del Congreso, “para asegurar la legitimidad, legalidad y constitucionalidad del proceso electoral”. Es decir, el Congreso decidió reemplazar al Presidente del Tribunal Supremo Electoral por haber dicho que el organismo ha convocado una consulta popular “sin que el Parlamento conozca el texto del estatuto de la Asamblea Constituyente enviado por el Ejecutivo a esa corte”. Uno de los legisladores declaró que “al aceptar la calificación de urgente de la consulta sobre la base del artículo 283 de la Constitución, el régimen reconoció la potestad del Congreso para resolver el tema, por lo que al cambiar el estatuto tenía que poner nuevamente en consideración de los diputados.”

El 7 de marzo, además, el Congreso aprobó iniciar un juicio político en contra de los cuatro vocales que aprobaron la convocatoria de la Consulta Popular, designando además el reemplazo del Presidente.

8. La demanda e inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popular presentada por el Congreso ante el Tribunal Constitucional

El Congreso, el 2 de marzo, había aprobado con el voto de 58 legisladores de 71 presentes, demandar ante el Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad de la convocatoria de Consulta Popular realizada ayer por el Tribunal Supremo Electoral. Se consideró que el procedimiento desarrollado por el Tribunal Supremo Electoral, “no siguió el procedimiento correcto” señalando que el Gobierno debió haber enviado el estatuto al Congreso para su calificación previa, ya que no se trata de una codificación, ya que el decreto tuvo varias modificaciones, lo que implicaba que se trataba de un nuevo documento.

La demanda de inconstitucionalidad se presentó ante el Tribunal Constitucional el 9 de marzo, con expresa solicitud de celeridad, expresando el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales que se trataba de un “primer paso para frenar una dictadura”, con el argumento, entre otros, de que para convocar a la consulta se había invocado equivocadamente el artículo 104 de la Constitución y se había violado el artículo 283, para “consagrar un proyecto totalitarista”

Sobre la demanda de inconstitucionalidad que preparaba el Congreso, el Presidente de la República el 6 de marzo ya declaraba que la misma no cabía, y que la mis-

ma sería una obstrucción a un proceso electoral en marcha, y obstruirlo “sería una descarada intromisión de un poder del Estado en otro poder en principio independiente”, advirtiendo que ello no se permitiría “decida lo que decida la mayoría anti patriota, anti histórica, anti ciudadana corrupta,” y anunciado que el Gobierno garantizaba “el funcionamiento de este Tribunal Supremo Electoral y la ejecución de la consulta popular.” El 9 de marzo, el Presidente del Tribunal Constitucional, rechazaba las declaraciones del Presidente de la República de que no acatará los fallos de esa institución y adujo ese criterio al carácter “jovial, impulsivo y extrovertido” del Primer Mandatario esperando “que se trate de una broma, caso contrario dijo que sería mejor cerrar las puertas de todo lo que no sea Presidencia de la República”.

Por su parte, antes de que el Congreso adoptara su decisión de demandar, en el Tribunal Supremo Electoral se amenazaba con su destitución “si llegara a firmar el trámite de la demanda para impedir la consulta popular”; y el 6 de marzo, el presidente del Tribunal Supremo Electoral expresaba que un eventual pronunciamiento de inconstitucionalidad a la consulta popular, planteada por el Congreso Nacional al Tribunal Constitucional, “no puede obstaculizar un referéndum ya convocado, puesto que su decisión no tendría un carácter retroactivo.” Agregaba además, amenazando al Tribunal Constitucional, que “en estos momentos del periodo electoral nada ni nadie puede detener el proceso”, y otro miembro del organismo señalaba que “un fallo en contra de la consulta sería ilegítimo,” agregando que “si los vocales del Tribunal Constitucional pretenden tramitar incluso esa demanda, y peor aún resolverla, también están atentando en contra del proceso electoral y serán juzgados.”

Las amenazas contra el Tribunal Constitucional siguieron, y el 13 de marzo el Tribunal Supremo Electoral dio a conocer que los vocales de la Comisión de Admisibilidad del Tribunal Constitucional serían sancionados por haber dado acogida y acceder a tramitar la demanda presentada por el Congreso Nacional para evitar la realización de la consulta popular el 15 de abril. Además, uno de los integrantes del Tribunal Supremo Electoral consideró que los vocales del Tribunal Constitucional debían “inadmitir cualquier demanda en contra del Tribunal, el artículo 155 así lo establece porque se trataría de una interferencia más al proceso electoral que está en marcha.”

9. La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso: la remoción de 57 congresistas

La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso no se hizo esperar, y para el 7 de marzo comenzaba a analizar los efectos jurídicos de la resolución adoptada por el Congreso Nacional en la que se da por destituido al Presidente del Tribunal, sin descartar abrir expedientes para todos los 52 congresistas que votaron a favor de la destitución del Presidente Acosta: “y quienes votaron por la demanda, y esta primera interferencia a la consulta”. El 8 de marzo el Tribunal Supremo Electoral tomó una resolución solicitando a la Corte Suprema de Justicia que, en aplicación del artículo 143 de la Ley Orgánica de Elecciones, iniciase acciones legales en contra de los 52 de los 73 diputados presentes en la sesión que ayer desarrolló el Congreso Nacional. Se informó en la prensa que “las razones que argumenta el Tribunal Supremo Electoral para la destitución de los legisladores se deben básicamente a que los congresistas en cuestión no respetaron el deber de abstenerse de votar en favor de la destitución del Presidente del Tribunal, lo que constituye una clara interferencia en el proceso electoral”.

camente a que presentaron una demanda de inconstitucionalidad en contra de la consulta popular y también por la destitución del presidente del Tribunal". Además, el Presidente del Tribunal manifestaba que: "La figura de sustitución no está prevista en la Constitución Política del Estado, en consecuencia este Tribunal Supremo Electoral ha procedido a destituir de sus cargos o dignidades de diputados y suspender los derechos políticos por un año a todos los diputados que votaron por la sustitución y en contra de la consulta, además de aquellos diputados que presentaron la demanda de inconstitucionalidad en contra de este Tribunal".

Causa sorpresa, en medio de la polémica y el conflicto, sin embargo, que se sancione a alguien por ejercer un derecho constitucional como es el derecho a la supremacía constitucional mediante la interposición de una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Como el 9 de marzo lo indicaba el Presidente del Congreso, en el sentido de que enviar la demanda de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, "estuvo de acuerdo a lo que manda la ley", agregando que "hemos procedido como manda la Constitución, hemos presentado la demanda de Inconstitucionalidad al Tribunal respectivo para que se pronuncie sobre el tema y mientras el Tribunal no lo haga, yo no voy a dar ninguna opinión al respecto."

En todo caso, la sanción se pronunció y ya el 9 de marzo, el Presidente del Congreso Nacional, recibía la notificación de parte del Tribunal Supremo Electoral, para que procediera a la destitución de los 57 diputados que votaron a favor de la sustitución del Presidente del Tribunal Supremo Electoral. El 8 de marzo, el Gobierno anunciaba que haría respetar y cumplir la resolución constitucional del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a los 57 diputados que se oponen a la consulta popular.

Frente a esta decisión, adoptada conforme a la Ley de Elecciones, también llama la atención, desde el punto de vista constitucional, la figura que contiene en cuanto a la destitución aplicada a representantes populares electos, En efecto, el artículo 155,a de la Ley Electoral, parece más bien destinado a sancionar a las autoridades, funcionarios o empleados públicos, fundamentalmente de la rama ejecutiva, que interfieran en el funcionamiento de los organismos electorales, pero resulta extraña su aplicación a representantes electos, por actos adoptados en ejercicio de sus funciones. En una democracia representativa, los representantes electos por el pueblo en principio solo pueden perder su investidura cuando el mismo pueblo les revoca el mandato, tal y como expresamente está regulado en la Constitución de Ecuador.

En todo caso, el Presidente del Congreso solicitó al Tribunal Constitucional que dirimiera la constitucionalidad de las actuaciones del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a 57 legisladores, lo cual no fue admitido por el Tribunal según decisión del 13 de marzo. La razón para ello habría sido que el pedido fue presentado por el Presidente del Congreso, sin ponerlo a consideración de los diputados, por lo que en el caso se carecía de resolución del Congreso Nacional en el que se hubiera autorizado al Presidente a presentar la demanda de "dirimencia de competencia."

La destitución de los congresistas, que conformaban en número una mayoría del parlamento, por supuesto paralizó al órgano legislativo,

10. *La reacción de los congresistas: las acciones de amparo intentadas contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral*

La destitución de los congresistas, que conformaban en número una mayoría del parlamento, por supuesto paralizó al órgano legislativo. En varias ocasiones como se reseñó en la prensa el 13 de marzo, intentaron penetrar al edificio donde funcionaba el Congreso y ello les fue impedido por la policía.

El Presidente del Congreso, a pesar de la destitución resolvió tomar lista a los diputados destituidos, por no haber recibido correctamente la resolución del Tribunal Supremo Electoral, indicando que no podía posesionar a los diputados alternos porque no tenía la información oficial de dicha nómina que debía entregar el Tribunal Supremo Electoral.

El 15 de marzo, ante la imposibilidad de que el Congreso sesionara, el Presidente de la República advertía que no excluía la posibilidad, “por las funciones que la Constitución otorga al Presidente, de que sea el Presidente quien convoque a un congreso extraordinario para que se principalicen los suplentes y siga funcionando el Congreso”. Ello fue rechazado por el Presidente del Congreso, indicando que en esa materia la Constitución era muy clara pues el Presidente solo podía convocar a un Congreso extraordinario cuando el Congreso Nacional se encuentre en receso.

Posteriormente, el 20 de marzo, se informó que el Presidente del Congreso, amparado por una resolución de la Corte Suprema de Justicia procedió a posesionar a 21 legisladores alternos de aquellos que habían sido destituidos, con lo que el congreso tuvo una sesión después de casi dos semanas de paralización.

El 15 de marzo, igualmente, congresistas destituidos intentaron diversos recursos de amparo contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral. En esa misma fecha, dos jueces de poblaciones costeras admitieron las acciones y en las mediaciones de la sede de uno de esos tribunales, se sucedieron manifestaciones públicas violentas.

El Presidente del Tribunal Supremo Electoral de nuevo reaccionó indicando que no eran “admisibles interferencias de ninguna especie”, sin descartar la destitución de esos funcionarios judiciales. Por su parte, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, explicó que los jueces eran competentes para conocer y resolver recursos de amparo en cualquier lugar del país, y que ante un pedido del Tribunal Supremo Electoral de que revisase la actuación de los magistrados, no interferiría en las decisiones de los jueces.

El 14 de marzo, el pleno del Tribunal Supremo Electoral dio a conocer que trataría el punto de la destitución de los jueces 14 y 22 de lo Civil de Manabí, quienes habían acogido los trámites de recurso de amparo en contra de la realización de la consulta popular y la destitución de 57 diputados, amenazando en el sentido de que “los jueces que acojan demandas contra sus resoluciones serán sancionados,” agregando que “no se puede ir en contra de las decisiones del Tribunal Supremo Electoral, no

se puede suspender los efectos de las convocatorias y de las sanciones impuestas por el Tribunal.” En los casos concretos, la prensa informaba que “los abogados del Tribunal Supremo Electoral que acudieron a las diligencias en Manabí manifestaron que los jueces difícilmente acogerán los recursos porque ya se han abierto los expedientes en su contra y corren el riesgo de ser destituidos.”

De nuevo llama la atención, desde el punto de vista constitucional, que se pueda considerar que el legítimo y constitucional ejercicio de la función judicial de protección de los derechos constitucionales, se pueda considerar como una conducta ilegítima sancionable con destitución por el Tribunal Supremo Electoral. El poder judicial es independiente y autónomo, y lesiona dicha autonomía la posibilidad de que los jueces que dicten sentencias en las materias de su competencia puedan ser destituidos por ello. De nuevo, el sentido lógico de las previsiones de la ley Electoral sobre interferencia de las elecciones no se puede aplicar a los jueces que ejercen sus competencias legales y constitucionales.

Pero el 16 de marzo, las amenazas del Presidente del Tribunal Supremo Electoral ya eran directas, declarando que “sancionará a aquellos jueces que acojan demandas contra el proceso electoral en marcha o contra cualquier decisión que adopte el organismo. No se puede ir en contra del Tribunal Supremo Electoral, no se pueden suspender los efectos... de las sanciones impuestas por el Tribunal”.

Sin embargo, uno de los jueces que había admitido acciones de amparo, el juez de Guayas, lo declaró con lugar, ordenando la restitución en sus cargos a los 57 congresistas que habían sido destituidos por el Tribunal Superior Electoral, y el 17 de marzo, la Juez Cuarta penal de Guayas, negó la solicitud de ampliación y nulidad formulada contra dicha decisión por el Presidente del Tribunal Supremo Electoral. Para el 2 de abril, otros jueces de Pichincha y de Azuay habrían desechado recursos de amparos sobre el mismo caso de los diputados destituidos. Por otra parte, el 22 de marzo del 2007, un diputado jefe de uno de los bloques legislativo del Congreso, por otra parte, acudió al Tribunal Constitucional solicitando que se decidiera el archivo de las dos acciones de amparo que se han planteado en un juzgado de Pichincha y en otro de Manabí.

El 30 de marzo, sin embargo, el Presidente del Tribunal Supremo Electoral expresaba públicamente que el Tribunal desconocía la sentencia del fallo del juez 25 del juzgado del Guayas, indicando que el mismo no tenía vigencia; y el 5 de abril de 2007, el Consejo Nacional de la Judicatura hizo efectiva la resolución del Tribunal Supremo Electoral, quien destituyó al juez decimoquinto de lo penal del Guayas, por aceptar un recurso de amparo constitucional a favor de los diputados destituidos.

El 2 de abril de 2007, el Tribunal Supremo Electoral ratificó la resolución que había adoptado el 7 marzo mediante la cual destituyó de su cargo a 57 legisladores, anunciando además, que el fallo del juez suplente decimoquinto de lo penal del Guayas, a favor de los congresistas destituidos, era ilegal e inconstitucional, y que por eso no se debía permitir el ingreso de los diputados a la sede del Congreso, cuyas se-

siones, en todo caso fueron suspendidas el 3 de abril, y el Presidente del Congreso clamaba en la prensa porque el Tribunal Constitucional decidiera la cuestión; “Ni los unos ni los otros, el Tribunal Constitucional es el que tiene la última palabra y voy a acatar lo que diga el Tribunal Constitucional”.

11. La ausencia de decisión del Tribunal Constitucional y las cuestiones de interpretación constitucional que quedaron pendientes después de aprobada la convocatoria sometida a consulta popular

Conforme a la Ley de Control Constitucional del Ecuador, el Tribunal Constitucional es el “órgano supremo del control constitucional” (artículo 3), y ante un conflicto constitucional como el que se evidencia del recuento de las vicisitudes jurídicas planteadas en tres meses, desde el 15 de enero al 15 de abril de 2007, tenía que haber decidido.

Llama la atención, sin embargo, que en ese período, antes de la votación de la consulta popular, el Tribunal Constitucional no haya decidido ninguna de las acciones intentadas en su sede, y ni siquiera por vía indirecta, haya decidido con motivo de la consulta obligatoria que debe realizar de las sentencias de amparo conforme al artículo 52 de la Ley de Control Constitucional.

Lo cierto de esta situación, a diferencia de lo que ocurrió en Venezuela, es que la consulta popular sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente se realizó sin que en Ecuador se hubiera, dilucidado judicialmente los aspectos centrales del debate constitucional que provocó el Decreto N° 2 del Presidente de la República.

Ahora bien, el 15 de abril de 2007, como se había programado por el Tribunal Supremo Electoral en Ecuador se efectuó la consulta popular sobre la convocatoria e instalación de una Asamblea Constituyente, habiendo resultado una votación por el SI de un 81,72 % de los votos emitidos, un porcentaje inédito en la historia de las consultas electorales en Ecuador. En la consulta votaron por el NO sólo un 12,43 % de los votantes, habiendo habido una abstención del 28,40 de los electores. Los votos nulos fueron un 5,07% y los blancos un 0,78 %.

De lo anterior resulta claramente, por tanto, que conforme a la pregunta formulada a los ecuatorianos, tal como resulta de su redacción, así como del sentido propio de las palabras utilizadas, es claro que se votó masivamente por la elección e instalación de una Asamblea Constituyente no solo para “elaborar una nueva Constitución”, sino para que, además, con “plenos poderes”, durante el período de su funcionamiento, para que “transforme el marco institucional del Estado”.

Ateniéndonos a la pregunta de la consulta popular, si sólo se tratara de una Asamblea para proponer la transformación institucional del Estado e incorporar la propuesta en la nueva Constitución que se elabore, la misma, tal como fue formulada y votada, resultaría redundante. Al contrario, la redacción utilizada en la pregunta apunta claramente a que la Asamblea Constituyente tendría dos misiones diferenciadas: primero, transformar el marco institucional del Estado; y segundo, elaborar

una nueva Constitución; y lo primero no es otra cosa que una Asamblea Constituyente con plenos poderes (poder constituyente originario en la terminología venezolana) para, durante el período de su funcionamiento, transformar los Poderes constituidos (que son los que conforman el marco institucional del Estado). Los límites que en este sentido resultaban de la propuesta que formuló el Congreso, fueron ignorados por el Presidente de la República y por el Tribunal Supremo Electoral.

Ello podría significar que aprobada como fue la pregunta en la consulta popular, la Asamblea a ser electa podría pretender asumir plenos poderes para intervenir todos los Poderes Públicos constituidos, es decir, remover o limitar al Presidente de la República interviniendo en el gobierno (lo cual luce improbable en este caso); disolver el Congreso, incluso asumiendo la función legislativa; intervenir los poderes provinciales y cantorales; remover y sustituir los Magistrados de la Corte Suprema del Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y del Tribunal Constitucional, y al Contralor General del Estado y, en general, intervenir el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Sin embargo, debe advertirse que junto con la aprobación de la pregunta formulada en la consulta popular, el voto mayoritario también aprobó el Estatuto de la Asamblea Constituyente, y en el artículo 1º, del mismo, al repetirse básicamente el contenido de la pregunta, se agregó expresamente que no sólo el texto de la Constitución debe ser posteriormente aprobado mediante referendo aprobatorio, oportunidad en la cual entrará en vigencia, sino que la transformación institucional del Estado que disponga la Asamblea, también “sólo entrará en vigencia con la aprobación mediante referendo de la nueva Constitución”.

Este agregado al artículo 1º del Estatuto de la Asamblea, propuesto por el Congreso y acogido en el Decreto N°. 148 del Presidente de la República, sin duda plantea un tema de debate constitucional que queda pendiente de ser dilucidado, y que debería ser resuelto antes de que la Asamblea se elija, de nuevo, por supuesto, por el Tribunal Constitucional, y que resulta de la confrontación del párrafo final de dicho artículo 1 del Estatuto con el texto de la pregunta formulada en la consulta popular.

El agregado del artículo 1º puede considerarse que le quita poder a la Asamblea Constituyente para tomar decisión alguna que implique transformar el marco institucional del Estado con aplicación inmediata durante su funcionamiento, ya que las decisiones que pueda adoptar en este sentido sólo podrán entrar en vigencia una vez aprobada la nueva Constitución mediante referendo aprobatorio. En consecuencia, los poderes constituidos no podrían ser intervenidos por la Asamblea, ni desconocidos en forma alguna.

Pero además, en el texto del artículo 1º del Estatuto de la Asamblea Constituyente, se estableció otro límite esencial a la Asamblea, cuyo alcance también debe ser dilucidado constitucionalmente, y es que la Asamblea “respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas”. Esto significa, no sólo que la Asamblea está obligada a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que ello debe hacerlo profundi-

zando en su contenido social y progresivo, y esto último no es otra cosa que el principio de la progresividad, que apunta a que lo que proponga la Asamblea en ningún caso pueda consistir en desmejorar el régimen actual de los derechos humanos.

Por otra parte, este límite a la Asamblea, implicaría que la misma, al tener que respetar los derechos fundamentales de los ecuatorianos, tendría que respetar por ejemplo, los derechos políticos de los ciudadanos, como el derecho pasivo al sufragio, de manera que tendría que respetar el derecho de aquellos representantes populares electos, que están en ejercicio de sus cargos, a ejercer sus funciones durante el período para los cuales fueron electos. Esto significaría que la transformación institucional del Estado, incluso entrando en vigencia al aprobarse la nueva Constitución, no podría afectar esos derechos.

Este, sin duda, es otro tema constitucional de primer orden que tendría que dilucidarse.

III. ASPECTOS MEDULARES DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE VENEZUELA DE 1999

Situaciones similares se presentaron en Venezuela mediante la convocatoria y elección, en 1999, de una Asamblea Nacional Constituyente, que dio como resultado la sanción de una nueva Constitución, que fue la número 26 en la historia constitucional del país desde 1811.

1. La crisis del sistema de partidos y la necesidad de recomponer el sistema político

Por supuesto, no era la primera vez que en la historia de Venezuela se producía un proceso de esta naturaleza. Sin embargo, en contraste con todos los constituyentes históricas anteriores, el proceso de 1999 sí tuvo una peculiaridad, la misma que tuvo el proceso constituyente colombiano de 1991 y la que hasta ahora tiene el proceso constituyente ecuatoriano de 2007, y es que no fue producto de la ruptura fáctica del hilo constitucional como consecuencia de una revolución, una guerra o un golpe de Estado, sino que fue un proceso que se desarrolló en democracia, aún cuando en medio de la más severa crisis política del funcionamiento del régimen democrático que se había instituido desde 1958. El golpe de Estado, en realidad, lo dio la propia Asamblea Nacional Constituyente electa en julio de 1999, al asumir plenos poderes, es decir, poder constituyente originario contra lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, al irrumpir contra la Constitución vigente en ese momento, que era la de 1961 cuya interpretación judicial le había dado origen.

Quien escribe tuvo el privilegio de haber sido electo miembro por la circunscripción nacional de la Asamblea Nacional Constituyente, formando parte del grupo de oposición al proyecto del Presidente Chávez, integrado por solo cuatro constituyentes de los 141 que conformaron la Asamblea. Conocí, por tanto, el proceso desde el inicio y desde dentro, y ello me llevó a escribir un libro titulado *Golpe de Estado y Proceso*

Constituyente en Venezuela editado en 2001 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y que acaba de ser reimpresso en Guayaquil por la editorial Goberna & Derecho. Ese libro trata, precisamente del proceso constituyente venezolano de 1999 del cual, sin duda, resulta una lección que es necesario conocer a los efectos de que en procesos similares no se repitan sus vicios, o si se repiten, se tenga conciencia de ellos; en particular, los que significaron la utilización fraudulenta de la Constitución y de la propia democracia, para establecer un sistema basado en la violación de la primera, y en la demolición de la segunda. Y todo ello, utilizando las expectativas y exigencias reales y legítimas de cambio que en un momento histórico determinado había, y que exigía un proceso de recomposición política del Estado como consecuencia de la crisis del sistema político de Estado de partidos y la descomposición que habían sufrido los mismos.

En efecto, en medio de la crisis terminal del sistema político de democracia centralizada de partidos que venía funcionando en Venezuela desde 1958, el proceso constituyente de 1999 no podría ni debía tener otra motivación distinta que no fuera la necesidad de recomponer el sistema democrático y asegurar su gobernabilidad. Ello requería de un pacto político de todos los componentes de la sociedad que asegurara la participación de todos los sectores, para diseñar el funcionamiento de la democracia y la reforma del Estado. Para ello era que debía elegirse la Asamblea Constituyente.

Por eso, precisamente, en la convocatoria del referéndum consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente decretada por el Presidente de la República el 2 de febrero de 1999, se preguntaba al pueblo su opinión sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente: “con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa”. Esa fue la razón de ser del proceso constituyente venezolano en 1999 y salvo por posiciones circunstanciales de carácter político, era difícil que alguien en el país no estuviera de acuerdo con esos propósitos: transformar el Estado, por una parte, y por la otra, poner en funcionamiento efectivo la democracia para hacerla social y participativa. Como en Ecuador, en 2007, es difícil que alguien no esté de acuerdo con la necesidad de transformar el marco institucional del Estado.

En todo caso, se trataba de un intento de utilizar un instrumento político de conciliación, necesario para recomponer el sistema democrático y asegurar su gobernabilidad, para lo cual era necesario asegurar la participación de todos los sectores de la sociedad, lo que sin embargo, no se logró. Al contrario, por esa falta de participación, el resultado fue que la Constituyente de 1999 acentuó las diferencias fundamentales entre los sectores políticos, y profundizó la fraccionalización del país. Por tanto, lejos de haber constituido un mecanismo para promover el diálogo y consolidar la paz, permitiendo la competitividad y convivencia, sirvió para acentuar las diferencias y agravar la crisis política.

2. *Las exigencias democráticas del proceso constituyente y su fracaso*

Pero además, ocho años después de realizado aquél proceso constituyente, la conclusión es que tampoco se lograron los propósitos que lo motivaron, pues a pesar de todo el verbalismo y la dispendiosa disposición de los ingentes recursos suministrados por la súbita riqueza petrolera, no hubo efectiva reforma del Estado para asegurar la democracia social y participativa. El proceso constituyente, en ese sentido y desde el punto de vista democrático, fue un fracaso⁵, y si bien se han realizado cambios políticos de gran importancia, los mismos lo que han provocado ha sido la acentuación de los elementos de crisis de la democracia, concentrando el poder y centralizando más el país, limitando además la representatividad, y todo ello con un cambio de los actores políticos, por el asalto del poder que se efectuó por nuevos líderes que han contribuido a acentuar las diferencias entre los venezolanos y extremar la polarización política, haciendo cada vez más difícil la conciliación.

El proceso constituyente de 1999, por otra parte, y en este aspecto no fue un fracaso, sirvió para permitir el apoderamiento de la totalidad del poder por un grupo que ha aplastado a todos los otros, abriendo heridas y rivalidades sociales y políticas que no se habían presenciado en décadas, acentuando los conflictos sociales y políticos del país, imponiendo un modelo de Estado y de sistema político socialista que no ha sido votado por el pueblo. Desde el punto de vista autoritario, por tanto, fue un proceso exitoso.

La crisis de la democracia representativa de partidos en realidad lo que planteaba en Venezuela era la necesidad de un cambio que transformara la democracia, sin dejar de ser representativa, en una democracia más participativa, en la cual el ciudadano encontrara instrumentos cotidianos para participar en los asuntos locales. Ese debió haber sido uno de los objetivos del proceso constituyente de 1999, para lo cual se debió efectuar la descentralización efectiva de la Federación, para sustituir la Federación centralizada tradicional por una Federación descentralizada.

La democracia, en definitiva, es una consecuencia y a la vez, un motivo de la descentralización política, como instrumento de articulación de poderes intermedios en el territorio, que permitan la actuación nacional más cerca de las comunidades y regiones. No ha habido ni existen autocracias descentralizadas, siendo la descentralización del poder sólo posible en democracias; por lo que la descentralización política es un asunto de las democracias. Es una consecuencia de la democratización y, a la vez, es una condición para su sobrevivencia y perfeccionamiento. La convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 debía haber tenido por objeto hacer realidad la descentralización del poder para consolidar la democracia, lo cual al contrario se abandonó.

El equilibrio, balance y contrapeso entre todos esos poderes del Estado, por otra parte, había sido una de las exigencias de reforma en Venezuela desde finales de la

⁵ Véase, Allan R. Brewer-Carías, «El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela» en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48. Publicado también en el libro del autor, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 243-253

década de los noventa. Lograrlo, sin duda, también debió haber sido un objetivo del proceso constituyente de 1999, en particular, en cuanto al sistema de gobierno, es decir, a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. La crisis del sistema en realidad y paradójicamente, no estaba en el propio presidencialismo, sino en el excesivo parlamentarismo partidista, particularmente por el control férreo del poder que existía por parte de los partidos políticos.

En particular, en cuanto a la designación por el Congreso de los titulares de los órganos de los poderes públicos no electos (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y los titulares del Consejo de la Judicatura, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y los miembros del Consejo Supremo Electoral), se habían formulado graves críticas por el excesivo partidismo evidenciado en dichas designaciones, sin participación alguna posible de otras organizaciones sociales intermedias. Las exigencias de reforma, en todo caso, apuntaban a asegurar un mayor balance, contrapeso e independencia entre los poderes, y a la despartidización de su conformación.

La convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 1999, en consecuencia, constituía una necesidad política en Venezuela para introducir las reformas necesarias para recomponer y abrir la democracia y, en consecuencia, permitir la efectiva participación en el proceso político de todos aquellos sectores que habían sido excluidos de la práctica democrática por el monopolio de la representatividad y participación política que habían asumido los partidos políticos tradicionales.

Se trataba, en definitiva, de una propuesta para incluir y conciliar a todos los sectores políticos más allá de los partidos políticos tradicionales, en el rediseño del sistema democrático, el cual tenía que reafirmar, más allá de las solas elecciones, sus elementos esenciales, como los precisó desde 2001 la Carta Democrática Interamericana.

3. *La propuesta constituyente en 1999 y sus escollos constitucionales*

Fue en medio de la crisis política venezolana producto del deterioro manifiesto del liderazgo partidista y del derrumbamiento de los otrora poderosos partidos, lo que condujo a un vacío de liderazgo político, en un país que había estado habituado a su conducción exclusivamente partidista, por lo que en 1998, el ex Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, entonces como candidato presidencial, enarboló la bandera de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

Lamentablemente, esa iniciativa no sólo no le fue disputada por los partidos políticos tradicionales, sino que, inclusive, fue ignorada y rechazada por los mismos. Incluso, el planteamiento de que fuera el propio Congreso electo en diciembre de 1998 el que pudiera asumir la conducción del proceso constituyente, fue totalmente ignorado por los propios partidos. Sin duda, no tenían conciencia de la magnitud de la crisis. En consecuencia, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente se convirtió en un proyecto político exclusivo del entonces candidato presidencial Hugo Chávez Frías, y luego, como Presidente electo.

Su ejecución, sin embargo, como en el Ecuador, presentaba un escollo constitucional que lucía insalvable: la institución de una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de revisión constitucional, no estaba prevista ni regulada en el propio texto de la Constitución de 1961, la cual establecía expresamente sólo dos mecanismos para su revisión: la enmienda y la reforma general. Por ello, después de la elección del Presidente Chávez, el debate político no fue realmente sobre si se convocaba o no la Asamblea Constituyente, sino sobre la forma de hacerlo: o se reformaba previamente la Constitución, para regularla y luego elegirla, o se convocaba sin regularla previamente en la Constitución, apelando a la soberanía popular. Se trataba, en definitiva de un conflicto entre supremacía constitucional y soberanía popular que había que resolver⁶. Sin embargo, antes de que se resolviera el conflicto por la Corte Suprema de Justicia⁷, el Presidente electo optó por la segunda vía, como sucedió en enero de 2007 en Ecuador, manifestando públicamente su decisión de convocar la Asamblea Constituyente apenas asumiera la Presidencia de la República, el 2 de febrero de 1999, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961 para regularla.

El Presidente electo, además, apoyado por la popularidad que en ese momento tenía, ejerció públicamente presiones indebidas ante la Corte Suprema de Justicia, la cual conocía, precisamente, de sendos recursos de interpretación que habían sido intentados para que resolviera, justamente, sobre si era necesario o no reformar la Constitución para regular la Asamblea Constituyente para poder ser convocada. El resultado de la presión política que se originó, fue la emisión de una sentencia por la Corte Suprema, el 19 de enero de 1999, casi dos semanas antes de la toma de posesión de su cargo por el Presidente de la República, en la cual si bien no resolvió expresamente lo que se le había solicitado interpretar, glosó ampliamente en forma teórica la doctrina constitucional sobre el poder constituyente⁸. Ello dio pie para que el Presidente de la República, sin autorización constitucional alguna, en lo que fue su primer acto de gobierno dictado al tomar posesión de su cargo, el 2 de febrero de 1999, emitiera un Decreto convocando un “referendo consultivo” en el cual pretendía que el pueblo no sólo lo autorizara a convocar la Asamblea Constituyente sino que lo autorizara a él mismo y sólo él, para definir la composición, el régimen, la duración y la misión de la Asamblea. Se pretendía, así, que se produjera una especie de referendo ciego sobre una Asamblea Constituyente que nadie sabía cómo se iba a elegir, quién la conformaría, cuáles eran sus poderes, cuál era su misión o su duración. En Ecuador, desde el inicio, sin embargo, se siguió un camino distinto al formularse el texto del Estatuto en el mismo Decreto presidencial.

6 Véase Allan R. Brewer-carías, «El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999», en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56

7 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en Revista de Derecho Público, No 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453 ss

8 Véase Allan R. Brewer-Carías, Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente), Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 296 pp

El Decreto del Presidente Chávez obviamente, fue impugnado por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia⁹, la cual, después de varias y sucesivas decisiones, declaró la inconstitucionalidad de la forma como el Presidente pretendía la convocatoria al referéndum sobre la Asamblea Constituyente al anular la convocatoria hecha por el Consejo Supremo Electoral, y en particular en sentencia de 18 de marzo de 1999, exigió que *también se sometiera a consulta popular el propio estatuto de la Asamblea Constituyente* (sistema de elección, número de miembros, misión, régimen y duración), para que el pueblo, se pronunciara sobre ello, tal como ahora lo ha hecho en el Ecuador el Presidente Correa.

La Corte Suprema precisó, además, en otra sentencia de 13 de abril de 1999, que una Asamblea Constituyente electa en el marco del Estado de derecho regulado en la Constitución de 1961, *no podía tener los poderes de una Asamblea Constituyente originaria*, es decir, no podía tener “plenos poderes” en la terminología ecuatoriana, como los que pretendía el Presidente Chávez en su proyecto. Las bases que el Presidente propuso sobre el Estatuto de la Asamblea Constituyente, habían sido cuestionadas judicialmente, y como consecuencia de ello, la Corte Suprema eliminó la indicación de que la Asamblea Constituyente podía tener plenos poderes, es decir, poder constituyente de carácter originario. Pero incluso con esta corrección, el Estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente no se diseñó como producto de un acuerdo o negociación política entre todos los sectores interesados. En realidad fue impuesto unilateralmente por el Presidente de la República, en su convocatoria al referéndum consultivo.

4. El referendo consultivo de abril de 1999 y la elección de la Asamblea Constituyente

El 25 de abril de 1999, en todo caso, se efectuó la votación del referéndum consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, entre cuyas bases establecidas unilateralmente por el Presidente, se reguló el sistema para la elección de 104 constituyentes en 24 circunscripciones regionales correspondientes a las entidades políticas del territorio (Estados y Distrito Federal) (en Ecuador son 100), de 24 constituyentes en la circunscripción nacional (igual que en Ecuador), y de 3 constituyentes en representación de los pueblos indígenas, que en Venezuela (contrariamente a Ecuador) son muy exigüos desde el punto de vista de la población y presencia en la dinámica social. El sistema electoral que se estableció, por tanto, tampoco fue producto de algún acuerdo político entre los diversos sectores del país. Lo definió sólo el Presidente de la República, como un sistema de carácter nominal mediante postulación individual de cada candidato, y una elección personalizada.

Este sistema electoral, aparentemente nominal y personalizado, se convirtió en el más diabólico mecanismo de control de la Asamblea Nacional Constituyente por

⁹ Véase el texto de la acción de inconstitucionalidad que intentamos contra el Decreto presidencial en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998; y Allan R. Brewer-Carías, «Comentarios sobre la inconstitucional de la convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente, efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999» en *Revista Política y Gobierno*, Vol. 1, Nº 1, enero-junio 1999, Caracas 1999, pp. 29-92

parte del Presidente de la República y sus seguidores. El Presidente, personalmente, hizo campaña electoral en todo el país, y propuso su propia lista en cada región, con los candidatos a elegir, en una multimillonaria campaña electoral financiada, incluso, por algún banco extranjero.¹⁰ Efectuada la votación el 25 de julio de 1999, en la cual se produjo una abstención del 53%, el resultado fue que el Presidente de la República logró la elección de todos los candidatos regionales, menos dos, es decir, un total de 102 de los 104 que correspondían; y de sus 20 candidatos nacionales de los 24 electos, que conformaban sus listas. Por tanto, sólo llegaron a ser electos sin el respaldo del Presidente Chávez y más bien adversándolo, 4 constituyentes nacionales entre los cuales se me encontraba. Los tres representantes indígenas fueron electos de acuerdo con “las costumbres ancestrales” respectivas, y los mismos resultaron adeptos al partido de gobierno.

El sistema electoral establecido por el Presidente de la República en la convocatoria al referendo, por tanto, fue el menos indicado para conformar una Asamblea Constituyente pluralista que incluyera a todos los grupos y actores políticos. Lejos de contribuir al pluralismo y a la representación plural, el sistema electoral impuesto por el Presidente de la República en su convocatoria, condujo a la instalación de una Asamblea Constituyente exclusionista, en la cual quedaron excluidos de representación todos los partidos políticos tradicionales, quedando dominada por el partido de gobierno y por los seguidores del Presidente.

Una Asamblea Constituyente conformada por una mayoría de esa naturaleza, por supuesto, impidió toda posibilidad de convertirse en un instrumento válido de diálogo, conciliación política y negociación. Fue, en realidad, un instrumento político de imposición por un grupo que la dominaba, al resto de la sociedad, de sus propias ideas, con exclusión total respecto de los otros grupos. Por ello, la Asamblea Constituyente que se eligió en julio de 1999 y se instaló el 3 de agosto de 1999, fue un instrumento para lograr el control total del poder por los que conformaban la mayoría y que habían sido electos constituyentes gracias al apoyo y a la campaña del propio Presidente de la República. En la Asamblea, dichos constituyentes estuvieron a su servicio y al diseño de cuantos mecanismos sirvieran para el control del poder por parte de los nuevos actores políticos que habían aparecido en escena de la mano del Presidente Chávez, en medio del más terrible deterioro de los partidos políticos tradicionales, que materialmente desaparecieron de la escena política durante el proceso constituyente.

5. El golpe de Estado constituyente

Es de destacar que para el momento en el cual la Asamblea se eligió en julio de 1999, en paralelo estaban funcionando en el país los poderes públicos constituidos, los cuales habían sido electos en noviembre de 1998, con misiones distintas. La Asamblea Constituyente había sido electa, conforme al referendo de abril de 1999, para diseñar la reforma del Estado y establecer un nuevo ordenamiento para hacer

¹⁰ Por ello, según informaciones de prensa, algunos altos directivos de un banco de España fueron acusados criminalmente el 8 de febrero de 2006, ante el Juzgado Central de Instrucción No. 5, Audiencia Nacional, Madrid (Procedimiento No. 251/02-N).

efectiva la democracia social y participativa, todo lo cual debía elaborar y someter a la aprobación popular por un referendo final. La Asamblea Constituyente no había sido electa para gobernar ni para sustituir ni intervenir los poderes constituidos. No tenía carácter de poder constituyente originario, como expresamente lo había resuelto la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en su primera decisión, que fue la aprobación de su Estatuto de Funcionamiento, la Asamblea Constituyente, se auto-proclamó como “poder constituyente originario”, auto-atribuyéndose la facultad de “limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público” y estableciendo que “todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita la Asamblea”.

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente se auto proclamó como un súper-poder estatal, contrariando lo dispuesto en el estatuto de su elección contenido en las bases aprobadas en el referendo de abril de 1999 y violando la Constitución de 1961, al amparo de la cual y de su interpretación judicial había sido electa; y en esa forma usurpó el poder público y violó la Constitución de 1961. En definitiva dio un golpe de Estado.

Y así, durante el primer período de su funcionamiento, entre agosto y septiembre de 1999, la Asamblea, lejos de conciliar y buscar conformar un nuevo pacto político de la sociedad, a lo que se dedicó fue a intervenir los poderes constituidos que habían sido electos en diciembre de 1998 y que estaban en funcionamiento conforme a la Constitución en ese entonces vigente de 1961. En esta forma, en agosto de 1999, la Asamblea decretó la reorganización de todos los poderes públicos; decretó la intervención del Poder Judicial creando una Comisión de Emergencia Judicial que lesionó la autonomía e independencia de los jueces, y que aunque con otro nombre en 2007 todavía perdura, habiendo demolido al Poder Judicial que llegó a estar integrado por un 95% de jueces provisorios o temporales, es decir, dependientes¹¹; decretó la regulación de las funciones del Poder Legislativo, eliminando tanto al Senado como a la Cámara de Diputados y a las Asambleas Legislativas. Además, intervino a los Concejos Municipales, suspendiendo, incluso, las elecciones municipales.¹²

Ese primer período de funcionamiento de la Asamblea, por tanto, fue un período de confrontación y conflictividad política entre los poderes públicos y los diversos sectores políticos del país. El proceso constituyente, en esta etapa inicial, no fue un vehículo para el diálogo y la consolidación de la paz ni un instrumento para evitar el conflicto, sino que al contrario, fue un mecanismo de confrontación, conflicto y aplastamiento de toda oposición o disidencia y de apoderamiento de todas las ins-

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”. en el libro XXX Jornadas J.M Dominguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174

¹² Véanse todos nuestros votos salvados a estas decisiones en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 233 pp

tancias del poder. El proceso constituyente, por tanto, antes de ser un instrumento para la reducción del conflicto, acentuó la confrontación y contribuyó al dominio exclusivo del poder por parte de un solo partido político, el de gobierno, que respondía a las instrucciones del Presidente de la República. En definitiva, el proceso constituyente se utilizó para acabar con la clase política que había dominado la escena en las décadas anteriores.

Una vez intervenidos los poderes públicos y en medio del conflicto político que ello ocasionó, la segunda etapa de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente (septiembre-octubre 1999) se destinó a la elaboración del texto de un proyecto para una nueva Constitución, proceso en el cual no siguió ningún proyecto que pudiera permitir la efectiva discusión pública y participación popular. La Asamblea Nacional Constituyente, incluso, comenzó a elaborar el proyecto de nueva Constitución, desde el principio, colectivamente, sin que hubiera habido un proyecto inicial. Por tanto, en la elaboración de la nueva Constitución no se siguió la vía ortodoxa en procesos similares de haberse elaborado previamente un proyecto de Constitución por una Comisión constitucional pluralista, para luego ser discutida por una Asamblea plenaria.

6. La elaboración de la Constitución y la ausencia de participación ciudadana

En esa forma, luego de dos meses de funcionamiento, la Asamblea Nacional Constituyente comenzó el proceso de elaboración de un proyecto de Constitución mediante el método menos adecuado, que consistió en nombrar 20 comisiones que trataron los 20 temas esenciales de cualquier Constitución, y a ellas se encargó la elaboración en forma aislada de sus propuestas en cada tema. Eso se hizo durante el mes de septiembre de 1999, es decir, un período excesivamente corto, durante el cual cada Comisión actuó aisladamente, realizando escasas consultas y propiciando esporádicamente la participación en la elaboración de proyectos, de los grupos que consideraron apropiados.¹³ Para finales de septiembre de 1999, las 20 Comisiones sometieron a la Comisión Constitucional los 20 proyectos de articulado constitucional, los cuales en conjunto sumaban casi 800 artículos. La Comisión Constitucional de la Asamblea era la encargada de conformar el proyecto de Constitución; pero lamentablemente se le impuso un lapso de sólo 2 semanas para realizar la integración de todos aquellos textos redactados aisladamente, en un solo proyecto. La rapidez atropellada del proceso de elaboración de un anteproyecto de Constitución, dominado por un solo grupo que constituía mayoría abrumadora en todas las comisiones, por supuesto, impidió toda posibilidad de discusión pública del proyecto y de participación de la sociedad civil en la elaboración del texto que debía someterse a las discusiones de la Asamblea en plenaria. El texto que la Comisión Constitucional presentó el 18 de octubre ante la Asamblea, sobre todo por la premura impuesta, lamentablemente resultó ser muy deficiente, por constituir un agregado o catálogo de deseos, peticiones y buenas intenciones integrados en un texto excesivamente extenso.

¹³ Véanse buena parte de nuestras propuestas en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 286 pp

De nuevo, la premura en tener listo el nuevo texto constitucional se impuso por presiones del gobierno, exigiéndose a la Asamblea Nacional Constituyente la tarea de discutir y aprobar el proyecto de Constitución en sólo un mes, lo que ocurrió entre el 19 de octubre y el 17 de noviembre de 2000. Es decir, en sólo 19 sesiones de primera discusión (20 de octubre a 9 noviembre) y de 3 sesiones de segunda discusión (12 al 14 de noviembre) lo que equivale a sólo 22 días de discusión, en Venezuela se aprobó el texto de una nueva Constitución.¹⁴

La manera inusitadamente rápida con que se elaboró la Constitución, con una celeridad irracional exigida e impuesta por el Presidente de la República, condujo a que fuera completamente imposible que se asegurara la posibilidad de participación pública en el proceso constituyente. A pesar de algunas buenas intenciones y una corta propaganda política, la verdad es que por lo reducido del tiempo, fue imposible toda participación política y pública efectiva en la elaboración del proyecto. Antes de la elaboración del proyecto, no hubo discusión pública, ni participación para la definición de las cuestiones constitucionales básicas que debían resolverse en la Asamblea (presidencialismo, bicameralismo, separación de poderes, descentralización, federalismo, municipalismo), ni sobre la misión básica de la misma. Tampoco hubo un programa de educación pública, para permitir la incorporación de propuestas de grupos de la sociedad civil y de organizaciones no gubernamentales. Estos no se incorporaron efectivamente al proceso constitucional, y sólo las organizaciones indigenistas tuvieron posibilidad de participar, por el hecho de contar directamente con 3 constituyentes indígenas.

El escaso tiempo que se impuso a la Asamblea para su trabajo, en todo caso, disipó toda posibilidad real de participación. Quienes controlaron el proceso optaron más por un proceso rápido sin participación, que por un proceso participativo que era más lento. La participación popular en el proceso constituyente de 1999, en consecuencia, quedó realmente reducida a votaciones populares generales: en abril de 1999, en el referendo consultivo sobre las bases y misión de la Asamblea Constituyente; en julio de 1999, en la elección de los miembros de la Asamblea; y finalmente, en diciembre de 1999, en el referendo aprobatorio del proyecto de Constitución que se había divulgado durante sólo tres semanas previas. La Constitución fue aprobada el 15 de diciembre de 1999, en un referendo aprobatorio en el cual hubo una abstención del 55%.

El texto constitucional, en todo caso, no se configuró como un documento que como lo había precisado el referendo consultivo de abril de 1999, asegurara la transformación del Estado y del sistema democrático venezolano. Es decir, el texto aprobado no llegó a constituir la nueva visión de la sociedad democrática que se exigía, con la definición de los principios fundamentales que se requerían para la reorganización política del país en democracia y la redistribución y control del poder, de manera que se pudiera reemplazar el sistema de Estado centralizado de democracia de partidos por un Estado descentralizado de democracia participativa.¹⁵

14 Véase el texto de nuestros votos salvados en las sesiones de discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 340 pp

15 Véanse nuestros comentarios apenas la Constitución fue aprobada en Allan R. Brewer-Carías, «Reflexiones críticas sobre

En realidad, ningún gran debate se dió en la Asamblea Nacional Constituyente y menos aquellos que imponían el momento de crisis que vivía el país, como los relativos a la descentralización política y a la democracia participativa. Más democracia exigía más descentralización política, que es la única forma de lograr que fuera más representativa y más participativa. Para ello se debía construir un nuevo modelo de Estado descentralizado, con un nuevo sistema de distribución del poder y de democracia participativa, que no podía quedar reducida a referendos, y que eliminara el monopolio de la representatividad y de la participación que tenían los partidos. Lamentablemente nada de esto se logró, y lo que resultó fue un esquema de gobierno autoritario, presidencialista, centralizado, de concentración del poder, militarista, montado sobre un partido único e intervencionista.

7. El proceso constituyente de 1999 como instrumento de asalto al poder

El proceso constituyente, por otra parte, lejos de conciliar políticamente al país, acentuó las diferencias fundamentales y condujo a un mayor fraccionamiento y polarización extrema, al servir de instrumento para que un grupo asumiera el control total del poder. Es decir, lejos de constituir un instrumento de conciliación e inclusión, fue un instrumento de exclusión y control hegemónico del poder. Para ello, el asalto y control hegemónico del poder por el grupo político que controlaba la Asamblea Nacional Constituyente y que respondía a la voluntad del Presidente de la República, no sólo se comenzó a realizar durante los primeros meses de funcionamiento de la Asamblea, violándose la Constitución vigente de 1961, sino al final, luego de aprobado popularmente el nuevo texto constitucional el 15 de diciembre de 1999, violándose esta vez, el nuevo texto aprobado.

Durante los 5 meses de funcionamiento que tuvo la Asamblea en la segunda mitad de 1999, puede decirse que todo el debate político del país, giró en torno a la misma. La Asamblea se había constituido en el centro del poder, el Presidente la calificaba de “soberanísima” y la Corte Suprema de Justicia, al decidir sendos recursos de inconstitucionalidad contra actos de la Asamblea Constituyente de intervención de los poderes públicos constituidos, incluso del propio Poder Judicial, en una sentencia del 14 de octubre de 1999, que fue su propia sentencia de muerte, la Corte Suprema le reconoció supuestos poderes “supraconstitucionales” a la Asamblea.

Se trataba, por tanto, del centro del poder más poderoso que había en el país, que escapaba a toda posibilidad efectiva de control judicial sobre sus actos y que actuaba como brazo político del Presidente de la República, para el asalto final al poder. Ello ocurrió una semana después de aprobada la Constitución por referendo popular, el 22 de diciembre de 1999, con la sanción, por la propia Asamblea Nacional

la Constitución de Venezuela de 1999» en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88

Constituyente fuera de la Constitución, de un "Régimen Constitucional Transitorio" paralelo y que no fue sometido a referendo aprobatorio.¹⁶

Mediante ese Régimen Transitorio, que violaba la propia nueva Constitución, la Asamblea sólo ratificó al Presidente de la República, en cambio, removió a todos los otros órganos electos y no electos del Estado. Nombró directamente y sin someterse a los requisitos que la propia Constitución establecía, a los integrantes del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, a los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral y a los titulares de la Fiscalía General de la República, de la Contraloría General de la República y del Defensor del Pueblo. Todo el poder, por tanto, quedó en manos de la mayoría que controlaba la Asamblea y que respondía a los dictados de Presidente. La Asamblea Nacional Constituyente, además, creó una Comisión Legislativa que ni siquiera estaba regulada en la Constitución, para que actuara como órgano legislativo en sustitución del Congreso que había sido electo un año antes y que había quedado definitivamente borrado, hasta que se eligiera la nueva Asamblea Nacional, para lo cual, la propia Asamblea Constituyente asumió funciones legislativas que no tenía, cambiando entre otras, la Ley Electoral.

Todas estas actuaciones inconstitucionales, por supuesto y lamentablemente, fueron avaladas y lavadas por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, cuyos Magistrados habían sido nombrados a la medida por la Asamblea Constituyente en el Régimen Transitorio para defender el poder. El Tribunal, así, nuevamente en sentencia de 26 de enero de 2000, en cierta forma actuando como juez en su propia causa, reconoció un supuesto carácter originario (plenos poderes) de la Asamblea¹⁷, con poderes supraconstitucionales, justificando la transitoriedad constitucional que no cesó en los años subsiguientes y que ha permitido avalar muchas otras acciones contrarias a la Constitución por parte de los órganos del Estado, como ha ocurrido con la interminable intervención del Poder Judicial.

Como resultado de todo este proceso, se evidencia que si bien en Venezuela se produjeron cambios políticos de importancia con motivo del proceso constituyente de 1999, ellos han consistido fundamentalmente en el apoderamiento de todas las instancias de poder por un nuevo grupo político que gira en torno al Presidente Hugo Chávez, para imponerle a los venezolanos un proyecto político por el cual no han votado, provocando el desplazamiento del poder de los partidos tradicionales que controlaron el panorama político por cuatro décadas. Pero en cuanto a las reformas políticas y del Estado que motivaron la convocatoria de la Asamblea Constituyente, a pesar de la reforma constitucional efectuada, no se produjo ninguna. Nada de lo que había que cambiar en el sistema político fue cambiado; y más bien, el resultado constitucional del proceso constituyente, fue la acentuación de los aspectos más negativos del sistema. Por ello, por ejemplo, al promover el voto NO en el referéndum aprobatorio de la Constitución, en noviembre de 1999, ello lo fundamentábamos en el hecho de que en la Constitución se había formulado:

¹⁶ Véanse los comentarios sobre este régimen transitorio en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 3004, Tomo II.

¹⁷ Véase específicamente los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Goberna & Derecho, Guayaquil 2007

Un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto no es lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil.¹⁸

Y además, agregábamos:

La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia era desmontar el centralismo de Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. La Asamblea Constituyente – agregábamos- , para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, **ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación.**¹⁹

Es decir, se utilizó la Constitución de 1961 en forma fraudulenta para originar el proceso constituyente, y dar un golpe de Estado; y luego, desde el poder, se utilizó la democracia representativa vía elecciones, también en forma fraudulenta, para destruir la propia democracia.

8. *El perfeccionamiento de la democracia como tarea pendiente*

Pero a pesar de ello, sin duda, en 1999 se produjo un cambio político sin precedentes en la historia política del país desde los años cuarenta, en el sentido de que aparecieron nuevos partidos políticos, que asumieron el poder con todavía mayor carácter monopólico, habiendo sido materialmente barridos los partidos tradicionales. Un nuevo liderazgo político se entronizó en todos los niveles del Poder, habiendo quedado desplazado el liderazgo partidista y no partidista anterior. Además, se produjeron importantes cambios y reformas constitucionales como, por ejemplo, la separación pentapartita del Poder Público, la eliminación del Senado como parte del Poder Legislativo Nacional, la consagración de la reelección presidencial, la creación de la figura del Vicepresidente de la República, la creación del Defensor del Pueblo, y la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos con lo cual la regulación de los mismos fue perfeccionada y ampliada en muchos aspectos.

18 Documento de 30 de noviembre de 1999. Véase en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.

19 Documento de 30 de noviembre de 1999. Véase en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 323.

Sin embargo, ninguna de esas reformas produjo un cambio efectivo en el sistema político de Estado centralizado de partidos, al contrario, lo acentuaron y agravaron. A pesar del verbalismo constitucional, el Estado en un esquema de concentración del poder, está ahora totalmente imbricado a un partido único de gobierno; más centralizado que antes, a pesar de que se lo denomine “descentralizado”; habiéndose exacerbado el presidencialismo, agregándose a los poderes del Estado, el poder militar, sin sujeción a la autoridad civil como nunca antes había ocurrido en nuestro constitucionalismo. En definitiva, hay un nuevo y acentuado centralismo y partidismo, con un acentuado presidencialismo y un nuevo militarismo constitucionalizado, todo lo cual ha conducido a un autoritarismo con ropaje constitucional y movilización popular.

Lamentablemente, las reformas constitucionales antes referidas relativas a aspectos de concentración del poder y debilitamiento de la autonomía e independencia entre los poderes públicos; al presidencialismo exacerbado, y al militarismo; han configurado un marco constitucional abierto al autoritarismo “democrático” o de presidencialismo plebiscitario, que puede llegar a impedir toda idea de democracia basada en la participación política, y pretender centrar las relaciones de poder en una supuesta relación directa entre un líder y el pueblo, confundiendo participación con movilización política, mediante la organización del Poder Popular en entidades no electas por sufragio universal directo y secreto (concejos comunales), sin siquiera la intermediación de partidos, y sólo con un partido único y militar que, con el apoyo de la fuerza, apuntale un sistema político populista. Todas esas reformas constitucionales, por supuesto, en nada han contribuido a la democratización del Estado y del país.

Del panorama anterior resulta, por tanto, que la reforma política para el perfeccionamiento de la democracia, todavía es una tarea pendiente en Venezuela. En 1999, luego de un proceso constituyente, se adoptó una nueva Constitución, sin duda, con un conjunto importante de reformas constitucionales; sin embargo, las mismas no llegan a configurarse como el proceso de reforma que exigía la democracia venezolana, para sustituir el Estado democrático centralizado de partidos por un Estado, igualmente democrático, pero descentralizado y participativo. El proceso constituyente de Venezuela, en 1999, por tanto, no condujo a una mayor democratización del país y, al contrario fue utilizado para constitucionalizar el autoritarismo, el cual, en definitiva, ha demostrado ser un instrumento profundamente antidemocrático.

Esa experiencia es importante que se conozca, sobre todo en países de América Latina donde, como ahora ocurre en Ecuador, se está comenzando a diseñar un proceso constituyente en cierta forma inspirado, en sus aspectos formales, por la experiencia venezolana, para que no se repitan los vicios que allí ocurrieron, o si se repiten para que se haga a conciencia.

IV. LAS SECUELAS DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 Y EL AUTORITARISMO DE 2007

1. *La concentración del poder y el ahogamiento de la democracia representativa*

El resultado de todo aquél proceso constituyente de 1999, es que el Estado democrático de derecho, por este fraude cometido contra la voluntad popular, en esta forma, mediante la utilización de mecanismos electorales, ha sido y está siendo progresivamente sustituido por un Estado del Poder Popular, donde todo el poder está concentrado en el Jefe del Estado, y que, por tanto, ni es democrático, ni es representativo, ni es participativo, y al contrario, está férreamente controlado y dirigido desde el centro y la cúspide del poder político que ejerce el Presidente de la República (como Jefe del Ejecutivo y del partido de gobierno que será Único), el cual probablemente pronto se autodenominará “Presidente del Poder Popular”, respecto del cual progresivamente no podrá haber disidencia alguna, la cual es hoy criminalizada.

Se trata, como lo anunció el Vicepresidente de la República en enero de 2007, en el acto de sanción de la Ley de delegación legislativa (Ley habilitante) a favor del Presidente de la República, que contiene una autorización hasta para dictar leyes al margen de la Constitución, que ni más ni menos lo que se tiene proyectado es la instauración de “la dictadura de la democracia”²⁰.

En democracia, ninguna dictadura es aceptable, ni siquiera una supuesta “dictadura de la democracia”, como nunca fue aceptable la supuesta y fracasada “dictadura del proletariado” en la antigua Unión Soviética instalada desde 1918 establecida en torno a los “soviets de soldados, trabajadores y campesinos”. Algo similar a lo que noventa años después, en Venezuela, está ocurriendo con la creación de consejos comunales dependientes del Presidente de la República para canalizar el Poder Popular, para con la supuesta participación del pueblo organizado, instaurar la “dictadura de la democracia”.

Esas supuestas dictaduras populares desde el comienzo han sido y son el instrumento fraudulento de la cúpula que domina el poder, para en nombre del poder popular acabar con todo vestigio de democracia, e imponerle por la fuerza un régimen socialista a un país, por el cual no ha votado. Algo debía haberse aprendido de lo que dijo el Presidente de la Federación Rusa en 1998, con ocasión del sepelio de los restos de los Romanov, como expresión de una de las lecciones más amargas de la historia de la humanidad al poner fin al tiempo de la que se creía era la Revolución más definitiva de todas las que había conocido la historia moderna, simplemente: “Que los intentos de cambiar la vida mediante la violencia están condenados al fracaso”²¹. Y toda dictadura, cualquiera que sea, es ineludiblemente el resultado del ejercicio de la violencia.

²⁰ El Vicepresidente de la República, Jorge Rodríguez, expresó en enero de 2007: “Claro que queremos instaurar una dictadura, la dictadura de la democracia verdadera y la democracia es la dictadura de todos, ustedes y nosotros juntos, construyendo un país diferente. Claro que queremos que esta dictadura de la democracia se instaure para siempre”, en *El Nacional*, Caracas 01-02-2007, p. A-2.

²¹ Véase en *The Daily Telegraph*, Londres, 08-08-98, p. 1.

2. El autoritarismo popular y el fraude a la democracia

Lo cierto es que a comienzos del Siglo XXI, con el caso de Venezuela, América Latina está comenzando a observar la aparición de un nuevo modelo de Estado autoritario supuestamente del Poder Popular, que no tiene su origen inmediato en un golpe de Estado militar como tantas veces ocurrió en el transcurso de las décadas del Siglo pasado, sino en elecciones populares, que le ha dado un traje o ropaje que también es militarista, pero esta vez de camuflaje con pintas “constitucionales” y “electivas”, conformado para la destrucción de la propia democracia representativa.

Se trata de un autoritarismo militarista con supuesto apoyo popular, como también lo fueron todos los autoritarismos fascistas y comunistas del Siglo pasado, en algunos casos con algún origen electoral. Ni uno ni otro modelo autoritario, por más disfraz constitucional y electivo que puedan tener o haber tenido, son democráticos, ni pueden considerarse como conformadores de un Estado constitucional de derecho, pues carecen de los componentes esenciales de la democracia, que son bastante más que la sola elección popular o circunstancial de los gobernantes.

En América Latina, después de la experiencia de tantos regímenes antidemocráticos y militaristas que hemos tenido, y de tantos autoritarismos con disfraces democráticos que hemos desarrollado, a comienzos de este Siglo se logró adoptar en el seno de la Organización de Estados Americanos –no sin la disidencia, precisamente, de quien en Venezuela estaba urdiendo el fraude a la democracia²²- una doctrina continental sobre la democracia y lo que esta significa como régimen político, al aprobarse en Lima, el 11 de septiembre de 2001, la denominada *Carta Democrática Interamericana*.²³ Es cierto que no es un tratado internacional vinculante, pero es el documento más importante en la materia adoptado como línea de conducta política democrática que, lamentablemente, muchos de los gobernantes de Estados no quieren volver siquiera a leer.

Esa *Carta Democrática*, en efecto, entre los *elementos esenciales de la democracia representativa* que enumera en su artículo 3, que deberían ser el pilar fundamental de la organización y funcionamiento de los Estados, además del **respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales**; del **acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho**; de la **celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo**; y del **régimen plural de partidos y organizaciones políticas**; está la necesaria existencia –dice- de “la **separación e independencia de los poderes públicos**”.

Y han sido precisamente todos esos elementos esenciales de la democracia los que, en los últimos años, lamentablemente han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, precisamente en nombre de una supuesta democracia participativa y de un supuesto Poder Popular donde el pueblo participe directamente.

²² El Presidente Chávez, desde la reunión de Jefes de Estado de la OEA en Québec, en abril de 2001, cuestionó la declaración sobre la “democracia representativa” tratando de sustituirla por “democracia participativa”.

²³ Véase sobre la *Carta Democrática Interamericana* y la crisis de la democracia en Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Ediciones El Nacional, Caracas 2002, pp. 137 y ss.

En Venezuela, en estos últimos años, la realidad ha sido otra y muy distinta a lo que señalan los referidos elementos esenciales de la democracia, pues nunca antes había existido mayor violación a los derechos humanos, y basta para constatar esta tragedia, el sólo contabilizar el número de denuncias que se han formulado contra el Estado venezolano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parámetro que ha sido en el pasado, y es en el presente, el mejor termómetro para determinar en el Continente el grado de violaciones, por un Estado, de los derechos humanos.

Además, el acceso al poder se ha hecho contrariando el Estado de derecho, al violarse la separación e independencia de los poderes judicial, ciudadano y electoral. Todos están controlados por el sindicato establecido entre el Ejecutivo nacional y la Asamblea nacional, por lo que no es posible controlar el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de Derecho²⁴. En particular, el Poder Electoral, desde 2003 fue secuestrado con la complicidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por lo que las elecciones que se han efectuado han carecido de justicia, y las últimas reformas políticas efectuadas y propuestas, simplemente apuntan a la sustitución de la representatividad electoral por supuestas agrupaciones de ciudadanos en comunidades y consejos comunales cuyos integrantes no son electos, sino designados desde la cúpula del Poder Popular que controla el Presidente de la República. El régimen plural de partidos se ha destrozado y el ya oficialmente anunciado Partido Único Socialista, imbricado en el aparato del Estado y también dirigido por el Presidente de la República, se apoderará no sólo del supuesto Poder Popular, sino de la Administración Pública²⁵ y de toda la vida política, social y militar²⁶ del país, dado el capitalismo de Estado que se ha intensificado como consecuencia del Estado rico petrolero.

24 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004”, en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312; “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referendum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas 2004, C.A., pp. 13-58”; “El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004, *Stvdi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Università degli studi di Urbino, Urbino, 2004, pp.379-436; “«El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112, México, enero-abril 2005 pp. 11-73.

25 Por ello, el Gobernador del Estado Carabobo de Venezuela señalaba: “Comparto la posición del Presidente cuando dice que aquella persona que no quiera aliarse con el partido socialista único, pues que se vaya del Gobierno, y se lo dijo a los secretarios (del gobierno de Carabobo), que en el gobierno bolivariano estamos involucrados todos y hay un lineamiento de nuestro máximo líder que es inscribirse y crear un solo partido, y el secretario que no quiera cumplir con esa orden, que se vaya”. Véase reportaje de Marianela Rodríguez, en *El Universal*, Caracas 21-04-2007.

26 El 12 de abril de 2007 el Presidente Chávez en Fuerte Tiuna, declaró que si algún oficial se siente incómodo con la consigna acogida por su gobierno de “patria, socialismo o muerte”, puede tramitar su baja de las fuerzas militares, agregando: “La llamada institucionalidad fue una manera de enmascararse y asumir una posición contraria al gobierno, a la revolución, al mandato legítimo del pueblo. Por eso, hoy todo comandante de unidad en todos los niveles está obligado a repetir desde el alma y levantar la bandera con esta consigna: patria, socialismo o muerte, sin ambigüedades de ningún tipo, sin complejos”. Véase en *El Nacional*, Caracas 13-04-2007, Sección Política, p. 4.

Como todo depende del Estado, sólo quien pertenezca al Partido Único podrá tener vida política, administrativa, económica y social. Y todo esta distorsión institucional, ocurre sin que exista separación ni independencia entre los poderes públicos, no sólo en su división horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) por el control que sobre ellos ejerce el Poder Ejecutivo; sino en su distribución vertical, donde las propuestas en curso apuntan a la eliminación de la federación, la sustitución de los Estados federados por supuestas “ciudades federales”, y la eliminación del municipalismo y su sustitución por consejos comunales y asambleas de ciudadanos. Todo ello con el fin de eliminar todo vestigio de descentralización política, es decir, de entidades autónomas en el territorio, lo que imposibilita toda posibilidad de participación democrática. Esta es la trágica situación de la democracia venezolana, la cual en la realidad actual ya no pasa de ser una palabra vacía.

Pero además de los elementos esenciales de la democracia antes indicados, la misma *Carta Interamericana*, en su artículo 4º también definió los siguientes *componentes fundamentales del ejercicio de la democracia*: la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró como igualmente fundamentales para la democracia, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Lamentablemente todos estos elementos esenciales, también han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, también en nombre de un supuesto Poder Popular: la actividad gubernamental desplegada por el Estado rico, y en los últimos años súbitamente riquísimo, manejado sin control en un país pobre, dejó de ser transparente por la específica ausencia de control fiscal, dada la sumisión del Poder Ciudadano (Contraloría General, Fiscal General, Defensor del Pueblo) al poder del Ejecutivo; situación que ha hecho desaparecer el mismo concepto de probidad pues no es posible exigir responsabilidad alguna al gobierno por la gestión pública, entre otros aspectos por la sumisión del poder judicial; todo ello, campeando la corrupción en forma antes nunca vista.

Por otra parte, la procura de los derechos sociales –que ha sido el principal eslogan gubernamental, en particular hacia la comunidad internacional- ha sido montada en una política de distribución incontrolada de la riqueza petrolera, como si esta nunca fuera a disminuir, estatizándose todo en el país, desmantelándose el aparato productivo y sin generar inversión; y todo ello sin que los niveles de pobreza ni los niveles de desempleo hayan disminuido.

Por último, la libertad de expresión y de prensa, desde las censuras directas de la última dictadura militar de la década de los cincuenta, nunca ha estado tan amenazada, como se aprecia por la decisión de no renovar la licencia de empresas de televisión (RCTV) , y por la autocensura, sobre la base de persecución a periodistas y medios disidentes, como tan repetidamente lo ha constatado la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que se

deriva de las múltiples denuncias formuladas ante la Comisión y de las recomendaciones y medidas cautelares adoptadas por ésta.

Por otra parte, el militarismo se ha apoderado del Estado, de manera que aún cuando el régimen autoritario no haya sido fruto de un golpe militar, en definitiva, otro valor fundamental para la democracia como es la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, se ha visto resquebrajada por el apoderamiento militar del Estado y su propensión a imbricarse con el Partido Único, habiendo quedado el respeto al Estado de derecho como otro valor pospuesto por todas las entidades y sectores de la sociedad.

En definitiva, durante los últimos años, en Venezuela se ha utilizado uno sólo de los elementos de la democracia, como es la realización de elecciones, para destruir todos los otros valores y componentes esenciales de la democracia. De allí el fraude a la democracia que ha ocurrido.

3. El desmantelamiento de la democracia representativa y el proceso autoritario

En todo caso, para que exista un Estado democrático de derecho no bastan las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de “democracia participativa y protagónica” o de descentralización del Estado; así como tampoco basta con establecer un sistema eleccionario que permita elegir mediante sufragio a los representantes populares. Aparte de que el mismo, por supuesto, debe asegurar efectivamente la representatividad, el pluralismo político y el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de derecho.

Pero además, para que exista un verdadero Estado democrático de derecho es necesario e indispensable que el marco constitucional en el cual se pretenda que funcione el régimen democrático, permita efectivamente el control efectivo del poder por el poder mismo, incluso por el poder soberano del pueblo. Es la única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, la democracia y el ejercicio real de los derechos humanos.

Y el control del Poder del Estado en un Estado democrático de derecho sólo se puede lograr dividiendo, separando y distribuyendo el Poder Público, sea horizontalmente mediante la garantía de la autonomía e independencia de los diversos poderes del Estado, para evitar la concentración del poder; sea verticalmente, mediante su distribución o desparramamiento en el territorio del Estado, creando entidades políticas autónomas con representantes electos mediante sufragio, para evitar su centralización. La concentración del poder al igual que su centralización, por tanto, son estructuras estatales esencialmente antidemocráticas.

Y allí radican, precisamente, los problemas del declarado Estado de derecho y de la supuesta democracia en Venezuela, la cual tiene su deformación en el propio texto constitucional de 1999, en el cual, lamentablemente, se estableció el esquema institucional que ha permitido la concentración del poder, alentando el autoritarismo y eliminando toda forma de control del poder; y que ha igualmente permitido la

centralización del poder, iniciando el proceso de desmantelamiento del federalismo y del municipalismo, reforzando el mismo autoritarismo, distorsionando la posibilidad de participación política efectiva a pesar de los mecanismos de democracia directa que se recogieron.

Es un ejemplo constitucional de autoritarismo constitucional con origen electoral, el cual, sin embargo, constituye la negación de lo que debe ser un Estado democrático de derecho.

Montado sobre ese autoritarismo constitucional, en enero de 2007, como antes se ha dicho, y con ocasión del inicio de su segundo período constitucional, el Presidente de la República ha comenzado a exponer los pasos para el desmantelamiento definitivo de la democracia en Venezuela, mediante un sistema de organización de un Poder Único, denominado del Poder Popular o del Poder comunal (estado comunal o estado socialista), completamente concentrado y centralizado, y conducido políticamente por un Partido Único. Y ambos, el Poder Popular y el Partido Único, con el objeto de imponer “la dictadura de la democracia”, dirigidos por una sola persona, que será el Presidente del Poder Popular y del Partido Único.

Para ello, por supuesto, se requeriría previamente una reforma general de la Constitución, la cual también ha sido anunciada en enero de 2007. Sin embargo, previamente, en fraude a la propia Constitución, en el mismo mes de enero de 2007 se ha dictado una Ley habilitante que autoriza al Presidente para, precisamente, dictar leyes contrarias a la Constitución, “con el objeto de actualizar y **transformar el ordenamiento legal que regula a las instituciones del Estado**” y establecer “los **mecanismos de participación popular**, a través del control social, la inspección técnica social y la práctica del voluntariado, de la comunidad organizada en la aplicación del ordenamiento jurídico y ámbito económico del Estado. Así como, que **adecuen la estructura organizativa de las instituciones del Estado, para permitir el ejercicio directo de la soberanía popular**”. Estas leyes “constitucionales”, sin embargo, tal como se ha anunciado, serían emitidas después de que se produzca la reforma de la Constitución.²⁷ Es decir, en otro depurado fraude constitucional, conforme a una Constitución que no autoriza la delegación legislativa para reformar la Constitución, se dicta una Ley habilitante con esa autorización que se utilizaría sólo si durante el lapso de vigencia de dicha Ley se reforma previamente la Constitución.

Las líneas generales de esas reformas para la estructuración de Poder Popular supuestamente montado sobre el ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, es-

²⁷ Como se reseñó en la prensa el 31 de enero de 2007-02-04: “El lapso de 18 meses de vigencia de la Ley habilitante tiene la finalidad de permitirle al presidente de la República, Hugo Chávez, esperar que la reforma de la Constitución sea aprobada para redactar las normas que darán piso al modelo del Estado socialista que desea implantar. De acuerdo con parlamentarios consultados, en los primeros meses los decretos ley que redactará el Ejecutivo estarán adecuados a la Carta Magna de 1999 y en algunos llenarán las omisiones del Poder Legislativo... Luego de la consulta popular para la aprobación de las reformas de la Constitución, algunos diputados han manifestado que podría ser en septiembre, el mandatario contaría con tiempo suficiente para adecuar la legislación al modelo político que propone. Por ello, los diputados presumen que todo instrumento legal relacionado con el sistema de Estado será promulgado a finales de 2007 o principios de 2008”. El Nacional, Caracas 31-01-2007, p. A2

tán basadas en la eliminación de la democracia como régimen político representativo y plural, que pueda permitir la elección mediante sufragio universal, directo y secreto a los titulares de los poderes públicos distribuidos en el territorio (Alcaldes y Concejales en los Municipios, Gobernadores y Legisladores en los Estados, Diputados a la Asamblea Nacional y Presidente de la República).

El esquema, tal como se ha anunciado, apuntaría a la sustitución de la democracia representativa directa por una supuesta democracia participativa indirecta, en la cual no habría elección popular alguna. Su funcionamiento tendría a la base a las “asambleas de vecinos” y a los “concejos comunales” cuyos miembros no serían electos mediante sufragio universal, directo y directo, sino escogidos en la comunidad, por supuesto, con la conducción ideológica del Partido Único, que sería el único que tendría acceso a los órganos del poder del Estado en todos los niveles.

Los concejos comunales nombrarían sus representantes en los consejos comunales regionales o los de las ciudades federales (“confederación regional y local de consejos comunales”); y estos últimos serían los que designarían sus representantes en la Asamblea Nacional del Poder Popular (“confederación nacional de consejos comunales”), que eventualmente sustituiría a la actual Asamblea Nacional. En esta forma, se eliminaría todo vestigio de elección directa, universal y secreta de los diputados a los órganos legislativos estatales y nacional, así como de los gobernadores. Y finalmente, la Asamblea Nacional del Poder Popular así integrada, entonces designaría un Consejo Nacional (de gobierno) del Poder Popular que por supuesto, ineludiblemente estaría presidido por una misma persona que además sería el Presidente del Partido Único.

Todas estas reformas que implican la eliminación de la democracia representativa en el país, han comenzado a ser implementadas en 2006, con la sanción de la Ley de los Consejos Comunales (Poder Popular), como estructura paralela que se ha establecido respecto de la organización municipal, en evidente fraude a la Constitución, para en definitiva sustituir a los Municipios como unidades primarias. La diferencia con estos, precisamente está en que en ellos, los Alcaldes y Concejales municipales son electos, y los Municipios son políticamente autónomos; y en cambio, los integrantes de los Consejos Comunales no son electos, sino designados a dedo por supuestas “asambleas de ciudadanos” controladas desde la cúpula del Poder Ejecutivo, del cual dependen, sin autonomía política alguna.

Una vez montada la estructura de base del Poder Popular (anunciada en la Ley de los Consejos Comunales), y dotada de ingentes recursos que no se dan a los Municipios, que maneja una Comisión Presidencial, el paso subsiguiente será la eliminación de los Municipios como también se ha anunciado y, en paralelo, la eliminación de los Estados y de todo vestigio de elección directa y de descentralización política y por ende de posibilidad de participación política.

Así, lo que se ha anunciado es, en definitiva, como se ha dicho, la eliminación de todos los cuerpos representativos y electos, municipales y estatales.²⁸ En el nivel estatal, por lo también anunciado, lo que habrían serían ciertas “ciudades federales” o confederaciones regionales de concejos comunales, cuyos conductores serían, de nuevo, personas designadas también a dedo, por los Consejos Comunales que se controlan por la Comisión Presidencial del Poder Popular.

Y en cualquier momento, como se dijo, podría venir la propuesta de eliminar la propia Asamblea Nacional como órgano representativo nacional, y establecer en su lugar una Asamblea Nacional del Poder Popular (confederación nacional de consejos comunales), que sería la cúspide del Poder Popular, integrada por representantes designados por las ciudades federales y agrupaciones de los Consejos Comunales; todos, por supuesto, debidamente controlados desde la cúspide, con el mecanismo del Partido Único. Todo está anunciado.

Por último, debe mencionarse que el Presidente de la República, en las reformas constitucionales que ha anunciado y prometido desde 2006, está la incorporación en la Constitución de la posibilidad de reelección presidencial indefinida. Esa reelección, que es difícil de vender, podría no estar montada sobre un sistema de elección directa, universal y secreta, sino que se podría tratar de una designación efectuada por la confederación nacional del Poder Popular que sería la Asamblea Nacional del Poder Popular. Es decir, en la cúspide del Poder Popular estaría como Presidente del Poder Popular la misma persona que lo controle, pero no porque sea elegido reincidente e ilimitadamente en forma directa por el pueblo mediante votaciones universales, directas y secretas, sino porque siempre sería designado como tal, por las estructuras del Poder Popular, cuya voluntad confluiría finalmente en la Asamblea nacional del Poder Popular para presidir tanto el Consejo de gobierno del Poder Popular como el Partido Único.

Para comenzar la configuración de este esquema de organización estatal, en enero de 2007, el Presidente de la República ya ha comenzado a cambiarle el nombre y sentido a la propia estructura organizativa de la Administración Pública, denominando a todos los Ministerios y Ministros del Ejecutivo nacional como “del Poder Popular” (p.e. Ministerio del Poder Popular de Relaciones Exteriores, Ministerio del Poder Popular de Infraestructura, etc.).

Lo cierto es que en líneas generales, ese fue el sistema establecido para asegurar la dictadura del proletariado por los Soviets en la Unión Soviética a partir de 1918 y el esquema del poder popular establecido en Cuba, donde la Asamblea Popular es la que designa un Consejo de Estado o de gobierno el cual, a la vez, siempre elige a una misma persona para presidirlo.

En conclusión, se trata de un esquema de organización del Estado y del Poder que implica la eliminación completa de la democracia representativa, y su sustitución por una supuesta democracia directa, es decir de ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, y de elección indirecta de representantes incluida la jefatura del Estado.

²⁸ Véase la reseña sobre lo expuesto por el Presidente de la república: “Chávez: Empecemos a raspar alcaldes y gobernadores”, *El Nacional*, 29-01-2007, p. A2

El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional

Luis Fernando Macías Gómez

I. Introducción

La consagración de una nueva gama de principios ambientales, así como de novedosas figuras jurídicas de carácter rigurosamente ambiental, dentro del texto constitucional ecuatoriano, ubica al Ecuador en la lista histórica de países pioneros en el ejercicio del constitucionalismo ambiental. Con especial énfasis, este país ha planteado la antes inédita problemática forjada entre los nuevos principios constitucionales ambientales y aquellos principios tradicionales del derecho constitucional; además de haber incorporado a la Carta Política, como sujeto de derecho en sí mismo, a la "Naturaleza", así como los derechos que como sujeto, le son propios.

La creación de esta serie de instituciones jurídicas de protección a la naturaleza y al medio ambiente, su efectiva incorporación a la Constitución ecuatoriana y su sucesiva implementación y aplicación, son hoy objeto de análisis del presente escrito, especialmente su validez, su habilidad, su congruencia con el resto del articulado constitucional; todo ello, a la luz de la tradición jurídica ecuatoriana y en perspectiva comparatista y globalizada.

Lo anterior, por cuanto estas instituciones jurídicas, no pueden ser juzgadas a priori, ni calificadas de antemano como positivas o negativas, ni menos aún, toleradas o resistidas con ligereza, más, cuando todas ellas resultan ajenas a la tradición jurídica, no sólo de Ecuador sino del resto de países americanos; por el contrario, han de ser revisadas diligentemente, apelando al significado e importancia que tiene la Naturaleza dentro de la cultura e idiosincrasia ecuatoriana, a su relación con las comunidades ancestrales del País y en sintonía con el resto del articulado constitucional.

De la revisión y análisis pretendidos dentro del escrito, se trata luego de proyectar algunas proposiciones y planteamientos que contribuyan a la adecuada interpretación e implementación de estas nuevas instituciones jurídicas, que hoy fundan el constitucionalismo ambiental ecuatoriano, a partir de la armonización o contradicción de estas instituciones entre sí y entre éstas y las demás instituciones constitucionales tradicionales.

II. Consideraciones teóricas sobre el constitucionalismo ambiental.

La Constitución de Ecuador, aprobada mediante referéndum realizado el 28 de septiembre de 2008, es la culminación, en materia ambiental, de un proceso de constitucionalización del medio ambiente que se ha venido desarrollando en los países latinoamericanos. Esta Carta, junto con la de Venezuela y Bolivia, se aprueban en contextos socio-políticos y económicos con amplias similitudes y nuevos paradigmas de gobernar en el continente.

Además de los retos intelectuales concernientes a la teoría política que plantean estos nuevos paradigmas, es indudable que en materia jurídica ambiental, los retos son mayores e igualmente interesantes.

En relación con algunos temas ambientales, se resaltan tres que ameritan especial atención, bien por su carácter novedoso, bien por su incorporación en la Constitución de principios que, en otras latitudes, es materia legal.

Para analizar un tema de estas características, es necesario recurrir a explicaciones teóricas circunscritas en un marco puramente jurídico; la Constitución no es más que la organización del Estado y del poder, lo cual exige explicaciones desde esa óptica.

El objetivo último de toda constitución es lograr un mejor gobierno. Se entiende por tal, la acción de dirigir, conducir a los hombres, las cosas y las relaciones que surgen entre uno y otro, o entre sí, respectivamente. Dentro de estos elementos se encuentra lógicamente la naturaleza y el medio ambiente.¹

El arte de gobernar debe partir de una serie de conocimientos, de saberes que permitan prever posibles escenarios futuros con el fin de hacer posible una acción del Estado eficaz. En suma, el arte de gobernar se comprende como una «articulación de un proceso de decisión política, de las condiciones de su aplicación en términos de eficacia y legitimidad en situaciones políticas determinadas».²

La legitimidad debe buscarse entonces en las constituciones como la fuente de un poder legal y legítimo. Es decir, con origen en el pueblo, quien actúa como poder constituyente o a través de sus representantes. A partir de las constituciones se logra el consenso de la sociedad en torno de valores que adquieren fuerza jurídica vinculante cuando son consagrados en los textos de las cartas fundamentales. Es indudable, que la nueva Constitución del Ecuador es claro ejemplo de búsqueda de legitimidad mediante la participación del pueblo tanto en su elaboración como en su aprobación.

La inclusión de una serie de principios de los pueblos originarios y autóctonos, como integrantes de los nuevos valores del Estado, supone que la sociedad debe aceptarlos y reconocer su vinculación jurídica.

¹ Luis Fernando Macías Gómez, introducción al derecho ambiental, LEGIS, Bogotá, 1998. Esta parte teórica se basa sustancialmente en unos apartes de este texto, con algunas modificaciones por cuanto consideramos es un análisis válido para el presente documento y por ser del mismo autor no se colocan entre comillas las partes textuales tomadas.

² Christian LAZZERI y Dominique REYNIE. *Le pouvoir de la raison d'Etat*. PUF, París, 1992, pág. 9.

Ahora bien, el medio ambiente se convierte en un valor susceptible de constitucionalizarse en una *situación política* precisa. La Constitución es, después de que se establece el Estado de derecho, el único mecanismo viable para organizar el Estado de acuerdo con unos objetivos y valores precisos.

El medio ambiente, convertido en un paradigma de obligatoria inclusión en la acción de los Estados, debe introducirse en las constituciones, pero en Ecuador se habla además de otros aspectos más precisos como naturaleza y biodiversidad, entre otros. Aparece así convertido en un nuevo *derecho fundamental*, de obligatoria protección por parte del Estado y deber de los ciudadanos. Se requieren normas que desarrollen ese punto, por eso «puede afirmarse que el futuro de la materia [el medio ambiente] se orientará hacia la sistematización normativa interna e internacional del derecho ambiental, a la creación de los correspondientes órganos de tutela, y a la definición de los procedimientos que hagan posible y faciliten la exigibilidad del respeto a tales derechos».³

La constitucionalización del medio ambiente está íntimamente ligada a la creación de nuevos derechos colectivos y a su consagración como un nuevo derecho humano fundamental. Además, da lugar a que surja una nueva rama del derecho: el derecho ambiental, en la medida que aparece un nuevo interés jurídicamente tutelable.

En suma, el objetivo de incluir el medio ambiente en las constituciones, no es más que un intento por crear variables en torno a un nuevo arte de gobernar. «La existencia de una norma constitucional que garantice la protección del medio ambiente y la ecología concebida como deber del Estado y como derecho-deber de los ciudadanos, favorece la marcha de la legislación, puesto que a partir de ello el sistema en su conjunto encontrará el sostén en un nuevo régimen institucional propio».⁴ Son las constituciones contemporáneas, es decir, aquellas que han sido elaboradas a partir de la década de los años setenta, las que reconocen este nuevo valor como parte fundamental de la acción de los Estados y de los ciudadanos. Entre ellas, se encuentran las Constituciones de España de 1978; Portugal de 1976; Panamá de 1972; Cuba de 1976; Chile de 1980; Brasil de 1988, entre otras.

Coincide este auge con la crisis económica sufrida en ese período. El medio ambiente no está desligado de la economía, hace parte de un nuevo esquema de desarrollo. Por un lado, sirve de respuesta a una serie de demandas elevadas por la sociedad, y por otro, hace frente a una limitación de un desarrollo tecnológico incontrolable.

El desarrollo económico y tecnológico sin ningún tipo de control, pone en riesgo la existencia del hombre en la Tierra. Se hace necesario conciliar la tensión existente entre el desarrollo y el medio ambiente, de lo contrario se llegaría a la autodestrucción del modelo económico, causado por una sobreutilización y explotación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

³ BRUNICELLI, Marco Tulio. «El derecho al ambiente sano como derecho humano fundamental». En: Revista fundación de derechos humanos, Venezuela, N° 8-9, octubre-marzo de 1995, pág. 4.

⁴ KORS, Jorge A. «Nuevas tecnologías y derecho ambiental». En: Revista del derecho industrial., Buenos Aires, N° 41, mayo-agosto de 1992, pág. 401.

Por lo anterior, la inclusión y reconocimientos de una serie de principios sobre el medio ambiente y la naturaleza consagrados en la nueva Constitución ecuatoriana, son también en el fondo, una forma de incorporar una relación consecuente entre el modelo de desarrollo incorporado y la adecuada utilización de los recursos naturales.

Ese momento crítico vivido en los años setenta, coincide igualmente con una agitación social en todas las sociedades y en todos los niveles. Las sociedades de consumo son puestas en duda, la concepción del hombre, como simple instrumento económico, es violentamente contestada. Se presenta una encrucijada: responder a las demandas sociales sin cambiar los modelos de desarrollo existentes. Se llega incluso a replantear las relaciones del hombre con la naturaleza.

Tal vez en esa misma situación se han expedido las últimas constituciones latinoamericanas, pues se han aprobado luego de profundos procesos de transformación social, económica y política.

El sistema político debía reformarse, los nexos de las relaciones sociales y de éstas con el Estado deben buscar nuevos vínculos. Esto se logra, entre otros puntos que sirven al mismo objetivo, incluyendo el medio ambiente como nuevo paradigma en esas relaciones.

A partir de ese momento, la protección del medio ambiente se convierte en una necesidad de profundización de la democracia. Se establecen obligaciones de protección al medio ambiente simultáneamente con principios que buscan cambiar el modelo de desarrollo. El mejoramiento de la calidad de vida está íntimamente ligado a la conservación de los recursos naturales y la protección ambiental.

Este problema desborda las fronteras nacionales y se convierte en materia internacional. Así, durante la Conferencia de Estocolmo en 1972 se consagra un nuevo paradigma: el medio ambiente, como derecho fundamental y condición de mejoramiento de vida, bajo un nuevo modelo de desarrollo, esto es, el desarrollo sostenible. Esta declaración en su primer principio sostiene:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que se le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.

Se observa que el medio ambiente se convierte en un nuevo derecho humano, al mismo tiempo que impone obligaciones para transformar los esquemas de desarrollo para hacerlo efectivo.

Se inicia una proliferación de acuerdos internacionales que buscan establecer obligaciones a los Estados para proteger el medio ambiente, o que lo tienen como objeto de las relaciones internacionales. El proceso de globalización e internacionalización de todas las relaciones posibles aceleran esta transformación. «La reconciliación entre medio ambiente y desarrollo se sella de manera espectacular a nivel in-

ternacional, revelando un cambio radical de las mentalidades». ⁵ El medio ambiente adquiere carta de ciudadanía internacional, antes de obtenerla nacionalmente.

Es claro, según lo anterior, que la internacionalización del tema y la necesidad de incluirlo dentro de las políticas públicas de los Estados impone la necesidad de introducirlo también en las constituciones de diferentes Estados. A partir de allí, una constitución que se precie de ser moderna y democrática, contemplará el ambiente como derecho fundamental y como orientador del proceso de desarrollo. El medio ambiente equivale en las constituciones modernas lo que en los orígenes del Estado de derecho eran las libertades individuales. Como diría CARL SCHMITT, es un ideal de constitución proteger el medio ambiente como obligación del Estado, y derecho-deber de los ciudadanos. Pero simultáneamente buscar los mecanismos de un desarrollo que mejoren las condiciones de vida sin destruir los recursos naturales y el medio ambiente. ⁶

La Constitución permite que las relaciones sociales se enmarquen dentro de un principio de armonía, no ausente de conflictos, para que las diferencias que surjan se resuelvan dentro de un marco normativo preestablecido. La constitucionalización del medio ambiente busca, además, que las relaciones sociales sean también armónicas con la naturaleza.

En conclusión, la constitucionalización del medio ambiente se convierte en una necesidad de legitimidad de los Estados y de los modelos políticos y económicos que se establecen. Empero, fue el derecho internacional quien primero se preocupó por esta problemática.

Al ser la Constitución la representación material de un pacto de convivencia ciudadana que orienta la acción del Estado, es allí donde se hace necesario cambiar las estructuras de las relaciones entre el Estado y la Sociedad. El medio ambiente se convierte en valor supremo para lograr ese nuevo pacto.

El constitucionalismo ambiental plantea una serie de problemáticas derivadas de la ruptura que se produce frente al constitucionalismo tradicional. En efecto, al incorporar el medio ambiente como objeto de protección, parejo a la protección y reconocimiento de ese otro nuevo paradigma constitucional como es el multiculturalismo y la existencia de diversas etnias, se generan en ocasiones contradicciones internas en la misma estructura constitucional. Al momento de proteger uno de esos nuevos paradigmas pueden surgir tensiones con aquellos principios constitucionales tradicionales.

Incluso estos nuevos paradigmas van más allá de lo que se conoce como neoconstitucionalismo. ⁷ Para dar alguna claridad sobre este concepto, conviene citar un texto, dentro de los muchos que existen, que permite entender mejor dicho término. Señala el profesor Miguel Carbonell lo siguiente:

⁵ Jacqueline MORAND-DEVILLER. *Le droit de l'environnement*, Colección ¿Que Sais-Je?, PUF, París, 1993, pág. 4

⁶ Al respecto puede verse: SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 62.

⁷ Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTTA, Madrid, 2005.

“Conviene tener presente, con todo que cuando se habla de neconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otra parte, también a una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastantes positivos o incluso elogiosos”⁸

En Latinoamérica, se podría redefinir tal concepto para señalar que el neoconstitucionalismo es el proceso mediante el cual se han incorporado en las constituciones reivindicaciones ancestrales de los pueblos originarios y se han creado nuevos derechos hasta ahora desconocidos en el constitucionalismo tradicional. Es una recomposición de fuerzas del pasado, antes antagónicas o enemigas, y que hoy recurren a los principios constitucionales para superar sus diferencias y fracturas.

Igualmente, es importante resaltar que todos los países latinoamericanos reconocen como valor democrático la existencia y defensa de un Estado Constitucional.

Tal vez hay una nueva concepción en torno al constitucionalismo, no solo como límite al poder sino como mecanismo de reconocimiento de nuevos valores y paradigmas.

Es incuestionable que nuestros países se enfrentan a múltiples problemas que deben ser resueltos a nivel constitucional para lograr una cierta estabilidad y capacidad de gobernar dentro de un marco de legitimidad aceptable. Esto exige respuesta a nuevos retos, siendo uno de ellos, la aproximación y concepción en torno a la naturaleza y al medio ambiente. De ahí, porque no es de extrañar que la nueva Constitución ecuatoriana reconozca la naturaleza como sujeto de derecho y además eleve a rango constitucional la responsabilidad objetiva y la imprescriptibilidad de las acciones para perseguir los daños ambientales.

III. La Naturaleza Sujeto de Derecho(s).

Establece el artículo 10° de la Constitución:

Art. 10°.-Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Al analizar el texto, surgen algunos interrogantes sobre su alcance y características del inciso segundo. En principio, se puede pensar que se está consagrando a la “Naturaleza” como sujeto de derecho, lo cual tendría una revisión teórica y una jurídica; sin embargo, también podría interpretarse que en realidad se está reconociendo a la “Naturaleza” como una nueva entidad jurídica susceptible de protección constitucional.

⁸ Miguel Carbonell, Prologo: nuevos tiempos para el constitucionalismo, EN Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTTA, Madrid, 2005, Pág. 9 - 10

La constitucionalización del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, no solo genera un nuevo principio constitucional sino que contribuye a la construcción de un nuevo orden jurídico que debe desarrollar ese principio.

El desarrollo de lo establecido en el artículo décimo se encuentra en los artículos que a continuación se citan:

Art. 71.- *La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- *La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.*

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 83.- *Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:*

6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.

Art. 277.-*Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:*

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.

Son los anteriores, los artículos esenciales que hacen referencia directa a los derechos de la naturaleza, a pesar que puedan existir otros tantos que, por vía de interpretación, puedan ser considerados como artículos en los que se reconocen también derechos de la naturaleza, pero esto será un tema que se tratará más adelante.

Esta incorporación podría corresponder a lo que algunos llaman “Neoconstitucionalismo Ideológico”, el cual “[...] tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX –, mientras que pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. [...]”

“El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales – podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalización de los contrapoderes” -, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución – podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas”.”⁹

Ahora bien, si se reconoce la naturaleza como sujeto de derecho estaríamos ante una clara ruptura de los principios de la modernidad por cuanto ésta supone al hombre desprendido de ella, además que es el único ser con posibilidades de reconocerle derechos, y por tal motivo, ser sujeto de derechos humanos.

Los defensores de esta posición, consideran que el antropocentrismo derivado de la modernidad, es el causante de muchas de las catástrofes que han llevado al mundo a una situación ambiental como la actual. Para algunos, estos son los planteamientos de la ecología profunda o *deep ecology* que considera que la “[...] naturaleza es un modelo de interdependencia entre diversas formas de vida y no de dominación o superioridad [...]”

*“Se trata de una concepción esencialmente holista de la naturaleza, la cual es concebida como una amplia red de interdependencias donde el todo prima sobre las partes. [...] La consideración de la naturaleza como instancia normativa implica ipso facto la reintegración del hombre al seno de la naturaleza y la negación del antropocentrismo”.*¹⁰

A partir de allí, algunos consideran que la consagración de la naturaleza como sujeto de derecho, no es más que una negación de la humanidad del hombre y una negación de la modernidad.

Sin embargo, existen voces defensoras de tal posición, llegando incluso a señalar la necesidad de revisar el contrato social para hablar de un contrato natural suscrito entre la sociedad y la naturaleza por cuanto *“la tierra nos habla en términos de fuerza, de nexos y de interacciones, lo cual es suficiente para celebrar un contrato”.*¹¹

En una perspectiva diferente y dentro del contexto ecuatoriano, también se encuentran defensores de la consagración de la naturaleza como sujeto de derecho. Al respecto, vale la pena citar algunos de estos textos en los cuales, desde diversas visiones, se plantean los argumentos a favor de tal consagración. Por ejemplo, el profesor Mario Melo señala:

*“La naturaleza no es una simple cosa sujeta a propiedad. En (sic) un sujeto con existencia más real y concreta que las “personas jurídicas”, asociaciones de capitales con existencia ficticia a las que sí hemos reconocido derechos”.*¹²

Más adelante agrega el mismo autor:

⁹ Paolo Comanducci, formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico, EN Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTTA, Madrid, 2005, Pág. 91 - 92

¹⁰ Dominique Bourg, *Droits de l’homme et écologie* EN Revista Esprit, Paris, 1992, pág. 86.

¹¹ Michel Serres, *le contrat naturel*, Editions Francois Bourin, París, 1990, pág. 69

¹² Mario Melo, los derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana, EN Alberto Acosta – Esperanza Martínez (compiladores), *derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Ediciones Abya – Yala, Quito, 2009, pág. 53.

*“El derecho ambiental debe empezar a proteger la integridad y continuidad de la naturaleza como un bien jurídico intrínsecamente válido, trascendente y diferenciable del interés de los humanos de vivir en un ambiente sano y aprovechar racionalmente los recursos naturales, aunque concurrente y concordante con él”.*¹³

Es interesante esta cita por cuanto el inciso segundo del artículo décimo de la Constitución, puede tener otra interpretación diferente a estimar que se ha consagrado en forma absoluta el principio de la naturaleza como sujeto de derecho.

Pero si se observan otros textos contenidos en el libro citado, se puede observar que la defensa se sustenta sobre todo en consideraciones de los pueblos o comunidades ancestrales, para quienes la naturaleza si es un todo y es vista en forma holística en la cual se vive en una permanente interrelación con ella. Es decir, que en la cosmogonía y derecho propio, reconocido en el Artículo 171 de la Constitución, de dichas comunidades podría ser perfectamente aplicable el principio en forma absoluta y, por lo tanto, el Estado debe reconocerlo.

Empero, al aplicarse e interpretarse la Constitución en forma sistemática, se encontrarían otros principios de igual rango constitucional que pueden entrar en contradicción con tal principio.

En efecto, si la naturaleza es considerada un sujeto de derecho, no podría ser objeto de apropiación por cuanto no es una cosa sobre la cual recaiga algún tipo de propiedad. Además su aprovechamiento estaría restringido, con lo cual se entraría en contradicción con el principal objetivo y columna vertebral de la Constitución ecuatoriana, como es, el buen vivir, el cual además de ser un derecho es parte estructurante del modelo de desarrollo del Ecuador tendiente a garantizar las garantías y derechos ciudadanos, tal y como se podría desprender de lo establecido en los artículos 319, 340 y siguientes.

Estos artículos consagran la necesidad de aprovechar los recursos naturales, es decir la naturaleza, como se puede observar en el artículo 319, el cual señala:

Art. 319.-Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentaré la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.

¿Qué ocurrirá el día en que se haga necesario un aprovechamiento intensivo de la naturaleza que pueda llegar a causar una afectación pero para así poder alcanzar el buen vivir como objetivo nacional y estratégico del Ecuador?

Es claro que en los casos en que se presentan contradicciones al interior de la misma Constitución se hace necesario recurrir a interpretaciones que permitan superar la tensión entre dos derechos o principios consagrados en ella.

13 Ídem.

Para hablar de la naturaleza como sujeto de derecho no podría hacerse solamente desde la perspectiva de las comunidades ancestrales ni tampoco podría cuestionarse desde la visión occidental. Es claro, que el continente latinoamericano siempre se ha caracterizado por la coexistencia de la modernidad y la tradición, siendo una síntesis de dos formas de visiones y pensamiento. Por esa razón, consideramos, se debe siempre intentar conciliar esas dos formas de inteligibilidad del mundo.

En ese sentido, la interpretación que se plantea es que la nueva Constitución ecuatoriana no reconoce en forma absoluta la naturaleza como sujeto de derecho sino que la reconoce como una entidad jurídica susceptible de ser protegida mediante el reconocimiento de algunos derechos.

Una cosa es reconocer derechos a una persona o a un bien jurídicamente tutelado y otra establecer que hay un sujeto de derecho nuevo que, para el evento, sería la naturaleza. La misma Constitución nos permite plantear esta propuesta de interpretación. En efecto, establece el artículo 387, que corresponde al tema de ciencia y tecnología, lo siguiente

Art. 387.- Será responsabilidad del Estado:

4. Garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales.

El artículo no hace más que señalar lo que en otros países se consagra igualmente en el sentido del respeto a la naturaleza en todo proceso investigativo.

A su vez el artículo 389, que hace parte del título sobre gestión del riesgo señala lo siguiente:

Art. 389.-El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Es claro el artículo en distinguir las personas de la naturaleza, pues si se considerara la naturaleza como un sujeto de derecho debía haberse hecho referencia a todos los sujetos de derecho y no hacer tal división tan expresa y tajante.

En sentido similar, se puede consultar el texto del artículo 281 sobre soberanía alimentaria, en el que es más que evidente la necesidad de aprovechar la naturaleza para lograr dicha soberanía.

Lo anterior significaría que en realidad lo que hace la Constitución ecuatoriana, y es justamente su gran carácter de novedoso y revolucionario, es reconocer la naturaleza como una entidad jurídica que amerita protección y para ello es necesario reconocer algunos derechos, pero sin que esto la convierta en un sujeto de derecho. Interpretación ésta que en materia de comunidades ancestrales puede no ser de recibo por cuanto para ellos, sí es evidente que la naturaleza es otro ser viviente del cual hacen parte.

El papel del hombre y de la sociedad en un contexto de crisis ambiental y de nuevos paradigmas, además en un continente como el nuestro, no son ajenos a las grandes transformaciones que también sufre el derecho en el mundo entero y, para ello, se nos imponen retos en los cuales es necesario conciliar diversas visiones del mundo jurídico. Por esa razón, en la medida en que en los principios del derecho, tal y como los conocemos ahora, se plantearían múltiples problemas de aplicación del principio de consagrar la naturaleza como sujeto de derecho; se hace necesario arriesgarnos en intentar por la vía de la interpretación conciliar las dos posiciones que existen sobre el tema. Esto es, aprender a vivir en la síntesis entre la modernidad y la tradición.

No se debe olvidar que *“Somos entonces responsables de nuestras condiciones biosférica y biológicas de existencia [...] La tierra se ha convertido parcialmente en una gigantesca individualidad técnica. La biosfera tiende a desaparecer en beneficio de una antroposfera. Hemos destruido el equilibrio natural y estamos obligados a sustituirlo por un equilibrio tecnonatural”*.¹⁴

El derecho adquiere otra dinámica y a ella debemos hacer frente, pero para algunos, dentro de los principios de la modernidad jurídica, la cual debe tener la suficiente capacidad de adaptarse a otros mundos y modelos jurídicos. Solo en esa medida, se logrará no la protección de la naturaleza, la consecución del buen vivir y la estabilidad de los pueblos.

IV. La responsabilidad objetiva.

Otra novedad en la Constitución ecuatoriana es la incorporación a nivel constitucional de la responsabilidad objetiva, cuando es más una materia reservada a la ley y a la jurisprudencia. Sin embargo, el artículo 396 la consagra en forma expresa:

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. *Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.*

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

En estricto rigor, este artículo no hace más que reconocer, pero a nivel constitucional, lo que en el régimen de responsabilidad ambiental se viene estableciendo en

¹⁴ Dominique Bourg, ob. Cit., pág. 93

otros países, como Colombia¹⁵, España, Alemania, entre otros, que es el de establecer un régimen de responsabilidad objetiva en materia de daños ambientales.

Todas las normas ambientales tienen un carácter preventivo, reparador de daños causados al medio ambiente y, por lo tanto, se sustentan en el carácter riesgoso que las actividades tienen para el medio ambiente y la naturaleza.

A su vez, el objetivo de la legislación ambiental es el de prevenir el daño ambiental, es decir, actuar a partir del riesgo de afectación al medio ambiente y a la naturaleza.

En materia ambiental, el concepto de responsabilidad es en ocasiones bastante laxo, sin embargo, sería aquella obligación de reparar el daño causado a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o aquel causado al patrimonio de un particular como consecuencia de un daño ambiental.

Esto nos ubica en el terreno del concepto tradicional de responsabilidad en el cual el elemento subjetivo es esencial, es decir, la culpa del presunto responsable del daño. Sin embargo, en materia ambiental, por la misma naturaleza precautoria y de control del riesgo, tal principio se rompe para dar paso a la llamada responsabilidad objetiva, donde se presume la culpa por el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas.

La responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, surgiría como consecuencia de la realización de actividades que implican un riesgo para el medio ambiente y los recursos naturales renovables. En este evento, son responsables civilmente, todas las personas que desarrollan actividades que impliquen riesgo, aunque hayan actuado con la mayor diligencia y cuidado posible, puesto que fueron ellas quienes crearon tal riesgo. Es preciso manifestar en este punto, que la responsabilidad civil objetiva implica la inversión de la carga de la prueba, recayendo tal obligación en quien asumió el riesgo de la actividad que pueda llegar a causar un daño, disminuyendo así la intensidad de la labor probatoria exigida al Estado ante tal circunstancia específica.

Este principio se adopta en diversas legislaciones como es el caso de la ley de responsabilidad medioambiental de España, Ley 26 de 2007, en cuyo preámbulo se lee lo siguiente:

“La responsabilidad medioambiental es, por último, una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento”

En una misma línea de reflexión, se ubica la doctrina española la cual define la responsabilidad objetiva de la siguiente forma:

“En teoría, para poder decir que la responsabilidad civil por daños al medio ambiente tiene un carácter objetivo debe probarse que se refiere a los daños producidos por aquellas actividades que conllevan un riesgo o, más genéricamente, por aquellas actividades cuyas

¹⁵ El artículo 88 de la Constitución deja en manos del legislador la posibilidad de establecer la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad civil. Actualmente se está a la espera de la expedición de una ley sobre régimen sancionatorio en materia ambiental que consagra en este derecho sancionador la responsabilidad objetiva.

características imponen que los daños por ellas producidos sean imputados sobre la base de una idea de justicia social.

Según CONDE PUMPIDO la responsabilidad civil extracontractual objetiva se apoya en cuatro reglas fundamentales:

- inversión de la carga de la prueba, que se traduce en un presunción de culpa del causante del daño;*
- la consideración de que la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no es suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño revela que faltaba algo por prevenir;*
- apreciación de la prueba conforme al principio "pro perjudicado", es decir, en beneficio del más débil, que no debe confundirse con el de inversión de la carga de la prueba, ya que actúa en el ámbito de la causa;*
- elevación del nivel de diligencia exigible, que da lugar a la regla de agotamiento de la diligencia, que exige haber agotado las medidas de diligencia posibles y socialmente adecuadas".¹⁶*

Esta responsabilidad se caracteriza por partir de una nueva realidad tecnológica, científica y social, como es el surgimiento de actividades que ponen en riesgo la convivencia de la sociedad, y en el presente caso, el equilibrio ambiental y la protección de la naturaleza.

Se caracteriza entonces, por partir de la existencia de una actividad peligrosa, para lo cual nos permitimos citar una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que establece los criterios para definir las actividades peligrosas:

De un lado cabe observar que una actividad puede ser peligrosa cuando ella es multiplicadora de energía, cuando encierra una gran posibilidad de causar daño, dado los instrumentos empleados, y cuando sus efectos son inciertos; por otra parte, las actividades peligrosas pueden ejercerse mediante cosas o sin ella; y, finalmente, habrá cosas que son peligrosas en sí mismas, y otras cuya peligrosidad procede de su utilización (peligrosidad de la estructura y del comportamiento). (...)

a) Inercia de las cosas peligrosas en sí mismas. *De acuerdo con las características que pueden constituir peligrosidad, habrá cosas cuyo mayor riesgo se derive de la capacidad potencial de explotar o de transmitir grandes cantidades de energía; tal el ejemplo de un transformador, de un tanque de combustible o de un automóvil, cuyo motor puede eventualmente explotar (peligrosidad en la estructura) (...) Así las cosas, podemos decir que cuando los objetos por medio de los cuales se ejerce una actividad peligrosa en sí misma, no están en movimiento, persiste la posibilidad de la responsabilidad por actividades peligrosas, siempre y cuando la víctima demuestre que a pesar de ser ella misma quien ha realizado el contacto con la actividad peligrosa, el daño realmente se produjo por la peligrosidad que encierra en sí misma, la peligrosidad que estaba en receso aparente o real.*

¹⁶ Carlos de Miguel Perales, la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, CIVITAS, Madrid, 1997, pág. 203 y 204

b) Inercia de cosas no peligrosas en sí mismas. *Ahora, hay cosas que no son una actividad peligrosa en sí mismas; tal es el caso de una cama cuya consistencia no podría considerarse como peligrosa. Cuando éstas cosas no peligrosas en sí están inertes al momento de ocurrir el daño, nunca se podrá comprometer la responsabilidad por actividades peligrosas de quien tiene la guarda de ellas. Para poder comprometer la responsabilidad del guardián habrá que probar una licitud, es decir, que habrá que probar que hubo una culpa del guardián en la colocación de la cosa. (...) Un caso más común es el automóvil que se encuentra estacionado: si el conductor está violando una disposición de tránsito y se prueba que por su estacionamiento se produjo el daño, ese mal estacionamiento será la falta que comprometa la responsabilidad.*

El valor práctico de la figura de las actividades peligrosas radica en que el guardián se presume responsable, pese a que no hay imprudencia o negligencia probada de su parte. Pero si la responsabilidad, en el caso de las cosas inertes, se acepta sólo en caso de negligencia demostrada del guardián de la cosa, es porque ésta, cuando está inerte no compromete la responsabilidad por actividades peligrosas.

La peligrosidad de una actividad resulta de los efectos que ella desata. El responsable por el daño que se cause por realizar actividades peligrosas es el guardián de la actividad.

Las actividades peligrosas derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices presentan una nueva consecuencia pues sus elementos comportan no solamente una amenaza de llegar a lesionar a terceros, sino que de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole, aparentemente inevitables, cuales son los ruidos ensordecedores, las contaminaciones letales, las trepidaciones o vibraciones capaces destruir instalaciones de diverso género, las corrosiones, el humo que afecta la salud humana y deteriora equipos y enseres, etc.

En vista de tales circunstancias, el derecho civil no puede mostrarse indiferente ante las consecuencias nocivas que dichas actividades tienen para los integrantes de la sociedad. Concluye la Corte, que aunque, si bien éste tipo de actividades se han convertido en indispensables para el país y para el desarrollo del conglomerado social no sería justo permitir que por tal justificación no existieran responsables por los daños que se ocasionasen a terceros.

Es decir, que la consagración de la responsabilidad objetiva es consecuente, no sólo con las corrientes jurídicas en materia de responsabilidad ambiental en el mundo, sino que es coherente con el resto del articulado de la carta.

En efecto, basta observar los artículos que hacen referencia al medio ambiente, a la naturaleza, la biodiversidad y recursos naturales para observar el énfasis protector en esas materias.

Además el artículo 389, mediante el cual se crea el sistema de gestión del riesgo es igualmente contundente en este tema. Dice el artículo:

Art. 389.-*El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condi-*

ciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Es claro que un daño ambiental puede generar en cierta forma un desastre que afecta no sólo la naturaleza, sino igualmente diversos grupos sociales; aspecto sobre el cual sobran los ejemplos en los medios de comunicación cuando informan sobre diversos derrames de sustancias peligrosas en los mares.

Ahora bien, significa lo anterior que el artículo 396, al consagrar la responsabilidad objetiva no está sino partiendo de una presunción de culpa por el desarrollo de actividades peligrosas, lo cual se corrobora en el artículo 397 que trata del compromiso del Estado en caso de daño ambiental, cuando señala:

Art. 397.-*En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:*

1. *Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. **La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.***
2. *Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.*
3. *Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.*
4. *Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.*
5. *Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.*

El numeral primero al establecer la inversión de la carga de la prueba en caso de daño ambiental, permite afirmar que la consagración de la responsabilidad objetiva parte de una presunción de culpa por actividad peligrosa, debiendo el supuesto responsable desvirtuar tal presunción.

Esto se logra cuando el imputado demuestre que el daño ambiental se produjo como consecuencias de la intervención de un tercero, por caso fortuito, por fuerza mayor o porque había un deber de soportar el daño. Este último sería el caso de un daño previsible que se causa en virtud de una actividad lícita y debidamente autorizada.

Por otra parte, para desprenderse de la presunción se debe probar la total diligencia y prudencia en el desarrollo de la actividad, además de ser lícita, esto es, encontrarse debidamente autorizada.

Si no se desvirtúa tal presunción de daño se configuraría una responsabilidad por daño ambiental, debiendo ser indemnizado o reparado el sujeto pasivo del daño, es decir una persona o el mismo medio ambiente y la naturaleza.

Pero el tema de la responsabilidad nos lleva necesariamente a revisar el tema del daño ambiental, que ha sido desarrollado por la doctrina principalmente española, para la que dicho daño se divide en puro y consecutivo.

El primero sería el que se produce directamente al medio ambiente, a la naturaleza o al recurso natural, sin referencia a ningún elemento patrimonial ni a ningún sujeto en particular. El daño consecutivo sería el producido al patrimonio de una persona como consecuencia de un daño ambiental.

Esto dos daños están consagrados en la Constitución en los artículos 71 y 72, en la medida en que establecen el derecho de la naturaleza a recuperar los ciclos vitales y sus funciones evolutivas, y por otra parte el derecho a ser restaurada, lo cual corresponde al daño ambiental puro que debe ser reparado. El daño ambiental consecutivo se encontraría consagrado en el mismo artículo 72 al señalar que el derecho de la naturaleza a la restauración es independiente de la obligación que tiene el Estado y las personas sean naturales, jurídicas o colectivas de ser indemnizados por los daños que se les produce como consecuencia de la afectación de los sistemas naturales.

Con todo, no debe confundirse el daño ambiental con el impacto ambiental pues a partir de allí, se pretende considerar como daño, todo aquello que supuestamente contribuye a problemas ambientales o impactos al ecosistema, pues de ser así estaríamos ante el daño ambiental puro¹⁷, lo cual nos llevaría al absurdo en el tema de la responsabilidad ya que siempre habría daño y, por lo tanto, responsabilidad. Por eso, el tema del daño debe ser visto en una perspectiva más profunda de la teoría del daño y que desborda el presente trabajo.

Daño, dentro de la tradición jurídica *“es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”*¹⁸. En relación con el daño ambiental consideran algunos que *“vendría a estar configurado a partir de una contaminación, la cual implica la incorporación a los cuerpos receptores de sustancias que van a alterar desfavorablemente las condiciones naturales de los mismos, de la que deriva*

17 Para un análisis profundamente jurídico sobre el tema véase HENAO Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado colombiano por daños al medio ambiente” En: Autores Varios, Responsabilidad por daños al medio ambiente, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 143.

18 Juan Carlos HENAO, El daño, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 84. En esta misma página el Dr. Henao señala otras definiciones de diversos especialistas y profesores de la materia.

*rán comúnmente otros tipos de daño, pero permanecerá un daño ambiental residual por deterioro o menoscabo del entorno no sólo natural sino social, referido a lesiones al bienestar público*¹⁹. En el mismo texto antes citado se señala que “*Daño ambiental es toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, como vecinos o colectividad, a que no se alteren de modo perjudicial sus condiciones naturales de vida*”²⁰

La responsabilidad objetiva supone la inversión de la carga de la prueba y la desaparición del elemento subjetivo de la responsabilidad para dar paso a una presunción de culpa por el desarrollo de actividades peligrosas que pueden generar daños al medio ambiente y a la naturaleza. Sin embargo, ello no supone la presunción del daño pues éste debe en todo caso, probarse. Lo importante, es la existencia del daño y el nexo de causalidad, debiendo el imputado desvirtuar tal nexo.

Una vez más la problemática ambiental plantea una serie de retos al jurista para poder ir desarrollando los principios de interpretación que enmarquen y estructuren los nuevos paradigmas jurídico ambientales.

V. Imprescriptibilidad de las acciones ambientales

En relación con la imprescriptibilidad de las acciones en materia ambiental consagradas en el artículo 397 consideramos se refieren es a las acciones sancionatorias y penales, más no a las acciones civiles o de tutela en materia ambiental.

Señala el último inciso del artículo lo siguiente:

“Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”.

Del texto antes transcrito se puede deducir que en ninguna parte hace mención al tema de reparación de daños, sino de persecución y sanción por daños ambientales. Es decir, haría referencia a las acciones sancionatorias y penales por daños al medio ambiente. No debe dejarse de lado que cada día, más legislaciones incorporan los delitos ambientales dentro de su legislación punitiva y se hacen más fuertes los regímenes de sanciones por estos temas.

De aceptarse esta hipótesis se estaría ante una situación similar a los casos de delitos de lesa humanidad que nunca prescriben, por su misma naturaleza e interés jurídico tutelado. En materia ambiental, se podría pensar que lo que se busca es que nadie pueda dejar pasar el tiempo para evitar el castigo y la sanción por los daños ocasionados.

Ahora bien, si lo que se pretende es considerar que las demás acciones de tutela caben dentro de este precepto constitucional, tampoco sería esto nada nuevo, pues en países como Colombia, las acciones populares²¹ establecidas para la protección

19 Isidoro GOLDENBERG – Néstor A CAFFERATA., daño ambiental. Problemática de su determinación casual, Buenos Aires: ABELEDO – PERROT, 2001., pág. 8

20 *Ibidem*

21 Estas acciones se encuentran consagradas en el artículo 88 de la Constitución y fueron desarrolladas por la ley 472 de 1998.

de derechos colectivos o las acciones de grupo para exigir la reparación de daños causados a un grupo de personas como consecuencia de un daño ambiental, no prescriben.

El numeral primero del artículo 397 de la Constitución ecuatoriana, se cree consagra ese tipo de acción derivada de un derecho difuso para proteger el medio ambiente. Así, cualquier ciudadano, sin demostrar interés, está legitimado para ejercer una acción de tutela del medio ambiente.

Esta imprescriptibilidad es consecuencia lógica del deseo y grado de importancia que adquiere la protección ambiental en estos tiempos y del mismo carácter difuso de los derechos de acción ambiental, así como del carácter colectivo del derecho protegido, en este caso, el medio ambiente y la naturaleza.

VI. Conclusión

La Constitución del Ecuador de 2008 es ciertamente una nueva carta política que incorpora una serie de figuras e instituciones jurídicas que seguramente darán mucho de que hablar tanto a nivel nacional como internacional.

El debate en torno a la naturaleza como sujeto de derecho y lo que ello implica, o bien los derechos de la naturaleza a su protección, son verdaderos retos para los juristas.

La figura de la responsabilidad objetiva, si bien no es novedosa, su consagración constitucional sí resulta interesante, al igual que la imprescriptibilidad de la acción sancionatoria o penal, o las acciones de tutela para la protección del medio ambiente y la naturaleza.

Estos retos, más allá de las consideraciones filosóficas, políticas o ideológicas, plantean una serie de retos a los juristas, pues de su desarrollo, implementación y cumplimiento se podrá medir su efectividad en relación con la protección al medio ambiente y a la naturaleza. Son auténticas rupturas epistemológicas a las cuales se enfrentarán los operadores jurídicos y los juristas. La tarea es inmensa.

Nuevas instituciones del código de procedimiento penal: el papel del juez

Edmundo Durán Díaz

I. DELITO, PROCESO Y SENTENCIA

Delito y pena son dos vocablos que encierran uno de los misterios más profundos, casi insondables del alma humana, que ninguna ciencia ha podido resolver, porque hasta hoy no se ha descubierto por qué, siendo más útil, más cómodo y más justo que todos deban respetar el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás, haya, sin embargo, personas que para satisfacer una pasión, como la soberbia, la ira, la codicia, la envidia o la lujuria, no vacilen en violar derechos fundamentales de las personas, a veces, de manera horrenda, cruel y despiadada.

Frente a ese fenómeno, los sistemas legales de todo el mundo y en todas las épocas no han encontrado hasta hoy mejor solución que la de segregar al delincuente de la vida social y encerrarlo en una cárcel. En pocas palabras: quien lesiona un bien jurídico ajeno protegido por la ley penal pierde su derecho a la libertad. Todo hombre y toda mujer, en situaciones normales, gozan plenamente de su derecho a la libertad, consagrado en la Constitución; pero cuando, por su propia voluntad, cometen un delito, pierden la protección de la Constitución y se someten a los rigores de la ley penal.

Como todos sabemos, el tránsito desde la libertad hacia la cárcel no puede producirse por voluntad de la víctima, ni aun por deseo del propio autor, sino por decisión del Estado, manifestada a través de los tribunales, que son los órganos encargados de la administración de justicia.

La llave que abre la puerta de una cárcel es la sentencia condenatoria, pronunciada por un juez, después de haber sustanciado un proceso que lo haya llevado a la certeza de que se ha producido un delito y que se ha descubierto al autor responsable de su ejecución.

En los demás campos, no penales, del derecho, se reclama ante el juez el cumplimiento de obligaciones no satisfechas voluntariamente por el deudor; pero, entre el proceso penal y los demás procesos existe una diferencia fundamental. Ningún proceso, excepto los penales, culmina con la privación de la libertad del demandado; ni durante la sustanciación se lesionan sus derechos humanos; pero los procesos penales no solo que pueden concluir en una sentencia que condene a prisión, sino que, además, durante el trámite, el juez puede ordenar la violación de algunos derechos individuales, como por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones entre las personas, el allanamiento del domicilio y, sobre todo, la privación de la libertad, mediante un auto de prisión preventiva.

El proceso penal es pues una grave amenaza contra los derechos humanos porque puede convertirse en un castigo aun antes de la sentencia. Un proceso penal manejado, dirigido o manipulado por jueces ignorantes, corruptos o subordinados al poder político, es una de las más nefastas desgracias que puede sufrir un pueblo.

II. EL DEBIDO PROCESO

Por estas razones, la Constitución ha establecido los principios fundamentales del debido proceso, a fin de evitar que las personas sufran injustos embates de los poderes públicos, incluidos los mismos jueces.

Como manifestación del principio de la imparcialidad del juez, y para asegurar su neutralidad, la Constitución exige que en cada juicio penal deban intervenir como adversarios un acusador y un acusado, y que el juez se mantenga como espectador y posterior evaluador de lo que haya visto y oído.

El fiscal desempeña el papel de acusador, y el acusado es el sindicado o imputado, quien siempre debe estar asistido por un defensor. El juez debe mantenerse al margen, como director y organizador del debate, reservándose su criterio hasta el momento en que la ley le exija pronunciarse en favor de la acusación o de la defensa, según los méritos de la prueba y de la ley.

Para propiciar el éxito de la investigación y la garantía de la defensa de las partes, el proceso penal está constituido por un conjunto de actos de investigación, de acusación, de defensa, de decisiones interlocutorias y de resoluciones finales que se van concatenando desde que la noticia del delito llega al juez hasta que se dicta la sentencia de última instancia.

En los procesos penales, esa compleja actividad se distribuye en etapas, que son las siguientes, según el Código de 1983:

- 1.- La primera, denominada presumarial o preprocesal, dentro de la cual se realizan las actividades necesarias para llevar la noticia del delito hasta el funcionario competente.
- 2.- La segunda, denominada sumario, encaminada a practicar las pruebas necesarias para descubrir la existencia del hecho constitutivo de la infracción y para identificar a sus autores, cómplices y encubridores.
- 3.- La tercera, llamada intermedia, en la que el juez penal debe evaluar las pruebas reunidas en el sumario y emitir una de dos declaraciones alternativas: si considera que las pruebas demuestran la existencia del delito y la participación del sindicado, dictará un auto de apertura del plenario; o la otra: si la prueba resulta insuficiente, expedirá un auto de sobreseimiento.
- 4.- Si hubo auto de plenario, el proceso pasa al Tribunal Penal para la sustanciación de la cuarta etapa, la del plenario, en la que se realiza el juicio total y completo del caso. En esta etapa deben practicarse todas las pruebas posibles para ilustrar el entendimiento de los jueces del tribunal; esto es, se deben repetir las pruebas practicadas en el sumario - salvo aquellas que por su naturaleza fáctica resulten imposibles - y se realizan también las nuevas pruebas pedidas por las partes o dispuestas por el tribunal.

- 5.- La última etapa procesal, la de impugnación, permite a las partes acudir a las Cortes para obtener la revocación de los fallos dictados por los jueces y los tribunales penales.

Según el mismo Código de 1983, de estas cinco etapas, las tres primeras corresponden a los jueces penales, la cuarta a los tribunales penales y la quinta a la Corte Suprema y a las Cortes Superiores.

III. LA ACCIÓN Y LA JURISDICCIÓN

La eficacia de un sistema procesal descansa en el principio básico e ineludible - y con mayor razón en los procesos penales - de la separación entre jurisdicción y acción, porque confundir la una y la otra atribuyéndoselas a un mismo sujeto procesal afectaría severamente a la imparcialidad del juez. La confusión entre acción y jurisdicción, y por lo tanto de las personas que las ejercen, dio paso al llamado sistema inquisitivo, caracterizado por la supremacía absoluta del juez en la sustanciación y en las decisiones procesales, convirtiéndose **así en** acusador, investigador y en juzgador a la vez.

IV. LA DEFORMACIÓN DEL PROCESO PENAL

El Código de 1983, como todos los anteriores, mantiene el sistema inquisitivo, cuyo artículo 15 dice que “el ejercicio de la acción penal pública se inicia mediante auto cabeza de proceso”. Teniendo en cuenta que quien dicta el auto cabeza de proceso es el juez, resulta que al expedirlo ejerce simultáneamente la acción y la jurisdicción, lo que no solo es un disparate jurídico sino una fuente de errores y de abusos siempre lesivos para los derechos del imputado.

Esta deformación de las funciones procesales dio lugar a que el noventa por ciento de la actividad procesal se desarrolle en el sumario, dejando muy poco o casi nada para el plenario, que debe ser el momento trascendental y determinante del proceso. Los procesos penales se han hecho y se siguen haciendo desde hace muchísimos años según el compás impuesto por los jueces penales. Ellos han sido los soberanos absolutos del sumario; es su voluntad omnímoda la que fija su duración, a despecho de los sesenta días previstos en el Art. 231 que nadie respeta; ellos deciden cuáles pruebas se realizan y cuáles no se realizan; ellos, mediante las medidas cautelares, se han convertido en los dueños de vidas, honras, libertades y haciendas de los sindicatos y agraviados. Ellos agotan las posibilidades probatorias ocasionando que muy rara vez, casi nunca, se vea un testigo declarando en un Tribunal Penal.

Por eso, cuando concurrimos a una audiencia, en cualquier lugar de la República, en vez de presenciar un debate completo en el que se pregunta y repregunta a los testigos, se repasa la prueba material, se exhiben documentos, se escucha a los abogados alegando sobre los aspectos de hecho y de derecho favorables para su defensa, lo que se ve y se oye no es sino la aburrida lectura de las páginas escritas del sumario. De este modo se falta a las exigencias constitucionales y fundamenta-

les del debido proceso, tales como la inmediación, la contradicción y la concentración de las pruebas ante el Tribunal de la sentencia.

V. EL NUEVO CÓDIGO

La evidencia de estas anomalías llevó a que el Dr. Walter Guerrero Vivanco, cuando era presidente de la Corte Suprema de Justicia, promoviera la idea de implantar el sistema acusatorio de procedimiento que se abría paso en los sistemas procesales latinoamericanos, a cuyo efecto, previó un convenio entre la Corte e ILANUD, con la participación de importantes juristas ecuatorianos y extranjeros, se redactó en 1992 un texto que sirvió de base para análisis posteriores que se concretaron con la elaboración de un proyecto, bajo el auspicio de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), que fue discutido y reformado tanto por el Congreso como por el entonces Presidente de la República doctor Jamil Mahuad, y que se convirtió en el Código de Procedimiento Penal de enero del año 2000.

VI. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCEDIMIENTO

En la nueva Constitución encontramos los siguientes principios fundamentales del sistema acusatorio:

1.- La independencia de la Función Judicial:

Art. 199: “Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley.”

2.- La inmediación, la celeridad y la eficiencia:

Art. 192: “El sistema procesal será un medio para realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

3.- La presentación y contradicción de las pruebas únicamente en la audiencia oral ante el tribunal de la sentencia.

Art. 194: “La sustanciación de los procesos, que incluye 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.”

4.- La exclusividad del Ministerio Público como único titular del ejercicio de la acción penal pública, a cuyo efecto, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal.

5.- La necesidad de la acusación fiscal para que haya juicio.

6.- La participación del fiscal como parte procesal para impulsar la acusación.

7.- La subordinación de la policía judicial al Ministerio Público.

Los cuatro últimos fundamentos están contenidos en los dos primeros incisos del Art. 219 de la Constitución:

Art. 219: "El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministro Fiscal General organizará y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal."

VII. EL NUEVO PAPEL DEL JUEZ PENAL

Se ha dicho que el nuevo Código es inconstitucional porque afecta a la independencia de la Función Judicial consagrada en el Art. 199 de la Constitución y porque, además, al quitarles a los jueces la atribución de sustanciar la etapa del sumario de los procesos quedan reducidos a una figura de segunda clase.

El tema de la constitucionalidad del nuevo Código ha sido tratado en otro de los artículos de esta misma revista. A mí solo me corresponde poner de resalto que el juez penal, no solo que conserva la casi totalidad de las atribuciones que ahora tiene, sino que, además, podrá cumplirlas con serenidad e independencia, libre de la contaminación psicológica que produce la investigación criminal. Por eso es que en ningún país civilizado los policías son jueces, a pesar de que realizan la investigación.

Antes de explicar cuáles son las funciones que el nuevo Código atribuye a los jueces penales, es indispensable recordar que en el nuevo proceso desaparece la etapa del sumario, la que será sustituida por la instrucción fiscal, dentro de la cual el representante del Ministerio Público realizará las indagaciones previas con el auxilio de la Policía Judicial, y si, como resultado de esa averiguación, aparecen indicios de que haya ocurrido un delito, abrirá la etapa de instrucción formal en la que, con total respeto a las garantías del imputado, y con la ayuda de la Policía Judicial, realizará inspecciones y reconocimientos, recibirá las declaraciones del ofendido, del imputado y de terceros y realizará todas las demás actividades encaminadas a obtener la información necesaria para sustentar una acusación ante el juez o, si la instrucción no llega a suministrar toda esa información, emitir un dictamen exculpatorio.

Sentada esta explicación, veamos cuál es la intervención del juez en el nuevo proceso.

1.- Tan pronto como un fiscal considere que hay mérito para iniciar una instrucción, y dicte la resolución respectiva, deberá notificarla al juez competente quien, de inmediato, integrará la relación procesal entre las partes,

disponiendo que se notifique con la resolución al imputado, al ofendido y al defensor público que deberá actuar en defensa de los derechos del imputado conocido y de los desconocidos. Desde ese momento, se establece la vinculación entre el titular de la acción y el titular de la jurisdicción manteniéndose, sin embargo, su independencia.

En efecto, el inciso tercero del Art. 217 dice:

“El Fiscal notificará la resolución al juez, quien dispondrá que se notifique al imputado, al ofendido y a la oficina de la Defensoría Pública, para que designe un defensor.”

Los artículos del 19 al 31 del nuevo Código contienen las reglas para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales penales, y son similares a las del Código de 1983. En consecuencia, desde el comienzo del proceso, habrá un juez quien se encargará principalmente de garantizar los derechos del imputado y del ofendido.

Art. 27: “Los jueces penales tienen competencia:

1.- Para garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes de este Código.”

Con otras palabras, mientras el fiscal investiga, el juez permanece vigilante de que la instrucción no se aparte de las normas del debido proceso.

2.- El proceso penal de acción pública se desarrolla válidamente a través de una relación jurídica establecida entre el juez, el imputado, el Ministerio Público y el defensor. Como puede observarse, en esta relación no aparece el ofendido por el delito. Sin embargo, como es bien conocido por todos, la víctima del delito también puede constituirse en parte procesal para plantear su doble pretensión: la punitiva y la resarcitoria, mediante la presentación de una acusación particular.

El nuevo Código en su artículo 56, quiere que solamente sea el juez quien tenga las atribuciones privativas de examinar la querrela y de aceptarla o rechazarla, si es que en este segundo supuesto, no reúne los requisitos formales exigidos en el Art. 53.

Art. 56: “La acusación se presentará ante el juez competente quien la examinará. Si reúne los requisitos señalados en el Art. 55 la aceptará al trámite y ordenará la citación.”

3.- Como una derivación de la facultad mencionada en el párrafo anterior, el Art. 58 concede al juez, asimismo, la atribución de designar un procurador común en el caso de que hubiere varios acusadores por la misma infracción y contra los mismos imputados.

Art. 58: “Si en un mismo proceso se presentaren dos o más acusadores por la misma infracción y por los mismos imputados, el juez ordenará que nombren un procurador común dentro de cuarenta y ocho horas y, si no lo hacen lo designará de oficio.”

- 4.- El nuevo Código determina un cambio trascendental en el sistema procesal ecuatoriano. Con el Código de 1983, el tribunal penal puede dictar sus sentencias a base de las pruebas practicadas durante el sumario y de las producidas en el plenario. Para dicho código, ninguna de las dos tiene mayor importancia que la otra. Su fuerza de convicción depende de la credibilidad que a unas y otras les presten los jueces del tribunal. Pero, según el nuevo Código, solo tendrán mérito las pruebas practicadas en la audiencia oral y pública realizada ante el Tribunal Penal. Así, los testimonios solo podrán producirse mediante la comparecencia del testigo ante el tribunal para dar su versión de los hechos y contestar las preguntas de los jueces y de las partes. Art. 79: "Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio." Sin embargo, puede ocurrir que, durante la instrucción, el fiscal se entere de que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia por enfermedad o porque deba ausentarse del país o por cualquier otra causa, en cuyo caso, para no perder los datos e indicios que conozca el testigo, el fiscal notificará al juez para que reciba su testimonio de manera urgente (Art. 119).

Art. 119: "La prueba testimonial se recibirá por regla general en la etapa del juicio ante el tribunal penal, pero durante la instrucción los jueces penales pueden recibir los testimonios de los enfermos, de los que van a salir del país y de aquellos que demuestren que no podrán concurrir al tribunal."

De esta manera, se mantiene el respeto a la regla de que la prueba debe producirse exclusivamente ante los jueces.

- 5.- A continuación, citaremos algunas disposiciones del nuevo Código que conceden a los jueces atribuciones privativas para disponer durante la indagación policial o la instrucción fiscal, la utilización de medios de investigación que lesionen derechos humanos:

a) La Constitución en su Art. 23-13 garantiza la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, pero como no es uno de los derechos absolutos, la misma Carta Fundamental prevé que pueda ser interceptada y abierta cuando la ley lo permita.

Pues bien, el nuevo Código en su Art. 150 advierte que durante la instrucción, solo con autorización del juez el fiscal puede interceptar y leer correspondencia ajena o enterarse del contenido de otros documentos.

Art. 150: "La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por télex o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable. Sin embargo el juez podrá autorizar al Fiscal, a pedido de éste, para que por sí mismo o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado"

Lo mismo disponen los Art. 155 y 156, respecto a documentos tales como las grabaciones, fotografías, discos, películas, registros informáticos y otras semejantes.

Art. 155: "Interceptación y grabaciones. El Juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo..."

Art. 156: "Documentos semejantes.- El juez autorizará al fiscal para el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes..."

b) La Constitución protege la propiedad en su Art. 30. Pero el Art. 93 del C.P.P obliga a los fiscales a pedir autorización del juez para incautar armas, efectos y otros objetos relacionados con la infracción.

Art. 93: "Incautación.- Si el fiscal supiere o presumiere que en algún lugar hay armas, efectos, papeles u otros objetos relacionados con la infracción o sus posibles autores, solicitará al juez competente autorización para incautarlos, así como la orden de allanamiento, si fuere del caso."

c) Adicionalmente, cuando el fiscal considere necesario alterar o destruir los objetos incautados, porque así lo exige la investigación, deberá también pedir la autorización del juez.

Art. 111: "Alteración o destrucción.- Si para practicar la pericia fuere necesario alterar o destruir la cosa que ha de reconocerse, el fiscal solicitará autorización al juez para que así se proceda..."

6.- Dentro del campo de las medidas cautelares, personales y reales, también encontraremos que no pueden disponerla ni los fiscales, ni los policías, sino privativamente los jueces.

a) Los artículos 164 y 168 autorizan sólo a los jueces para expedir medidas privativas de la libertad cuando el fiscal se lo pida.

Art. 164: "Detención.- Con el objeto de investigar un delito de acción pública a pedido del fiscal, el juez competente podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad."

Art. 168: "Competencia, forma y contenido de la decisión.- El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado por el juez o tribunal competente, por propia decisión o a petición del fiscal..."

No hay duda de que la privación de la libertad durante el juicio antes de la sentencia condenatoria, es una de las medidas judiciales más duras y peligrosas en un proceso penal. Aunque parezca mentira, todo lo relacionado con la detención o la prisión del imputado arranca de una paradoja asombrosa constante en la Constitución. Por una parte, el Art. 24-7 dice que debe presumirse la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya decla-

rado mediante sentencia condenatoria; si esta norma fuera absoluta, la privación de la libertad del reo solo podría disponerse cuando se hubiera dictado la sentencia condenatoria ejecutoriada. Pero, por otra parte, el inciso 6o. del mismo Art. 24 dice que los jueces penales pueden ordenar prisiones antes de la sentencia. La contradicción es evidente e insoluble, porque se produce el hecho absurdo de privar de la libertad a una persona que según la misma Constitución debe presumirse inocente.

Como se trata, entonces, de una medida de tanta trascendencia que puede, además, provocar la prisión de quien pueda ser absuelto en sentencia, el nuevo Código no quiere que los autos de detención, ni los de prisión preventiva puedan ser expedidos por el fiscal, sino por el juez penal. Así se confirma el principio de que los jueces son los principales protectores de los derechos humanos.

b) Como un corolario de la atribución que acabamos de comentar, aparecen las de los Art. 171 y 174 relacionadas con las medidas sustitutivas de la prisión preventiva. Estas medidas sustitutivas tienden a asegurar que el sindicado no pueda fugarse manteniéndolo bajo su dependencia pero sin privarlo totalmente de su libertad. Es decir que puede continuar defendiéndose sin estar preso y realizando todas sus actividades ordinarias de la vida diaria.

Art. 171: "Sustitución.- Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva..."

En el nuevo Código encontramos las siguientes: El arresto domiciliario, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el juez, la prohibición de salir del país y la libertad con caución.

Art. 174: "Suspensión.- Se suspenderán los efectos del auto de prisión preventiva cuando el imputado rindiere caución a satisfacción del juez competente..."

Pero, como de todas maneras, la vigilancia fuera de la prisión no es tan eficaz como tenerlo encerrado, la ley quiere que sea solo el juez quien pueda reemplazar en cada caso la prisión preventiva por una de las medidas sustitutivas mencionadas.

c) También entre las garantías constitucionales, encontramos en el Art. 23-12 la inviolabilidad del domicilio. Pero, así como en el caso de la comunicación, así también en cuanto al derecho de la intimidad del hogar que cierra las puertas e injerencias extrañas, la misma Constitución ha previsto que la ley pueda autorizar la penetración en casa ajena aun contra la voluntad del dueño de la morada. La única excepción a la garantía nace de los procedimientos penales, y así encontramos que solo el juez podrá ordenar allanamientos de domicilios cuando sean necesarios para los fines de la justicia.

d) Dentro de las medidas cautelares, están aquellas relacionadas con los bienes del imputado. El Art. 191 del Código prevé que solo sea el juez quien pueda ordenar secuestros, prohibiciones de enajenar o disponer la retención de los bienes del reo.

Art. 191: "Modalidades.- Para asegurar las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales, el juez podrá ordenar sobre los bienes de propiedad del imputado el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar..."

En resumen, todas las medidas cautelares personales y reales solo pueden ser ordenadas o autorizadas por los jueces penales.

7.- El Art. 223 del Código ordena que la instrucción no dure más de noventa días, pero si el fiscal la demora más de ese tiempo, el juez la declarará concluida. El segundo inciso de dicho artículo dice:

"Si el fiscal no declara concluida la instrucción una vez vencido el plazo señalado, el juez deberá declararla concluida."

8.- Concluida la instrucción, el fiscal debe emitir su dictamen que puede ser acusatorio o exculpatario, según aparezcan indicios suficientes de la existencia de un delito y de la participación del imputado en su ejecución. Presentado el dictamen, el juez abrirá la etapa intermedia del proceso y convocará a una audiencia en la que hablarán sucesivamente: el fiscal, el acusador particular y el imputado o su defensor sobre los aspectos de forma y de fondo del expediente. Terminadas las intervenciones, sin demora, el juez de acuerdo con su sana crítica y a la luz de las exposiciones y de las disposiciones legales emitirá un auto de sobreseimiento o un auto de llamamiento a juicio.

Si el dictamen fiscal fuere exculpatario, caben dos posibilidades. Que el juez tenga el mismo criterio, en cuyo caso dictará un auto de sobreseimiento. Pero si el juez considera que la instrucción fiscal sí contiene cargos contra el imputado, estará obligado a consultar al Ministro Fiscal Superior para que ratifique o modifique las conclusiones del fiscal inferior.

Solamente si el fiscal superior rectifica el dictamen inferior, el juez podrá llamar a juicio plenario; pero si el fiscal superior tiene la misma opinión que su subalterno, lo hará conocer al juez, quien entonces tendrá que emitir un auto de sobreseimiento, a pesar de su propia convicción. Se confirma así el principio de que no puede haber juicio sin acusación fiscal. El titular de la acción prevalece sobre el titular de la jurisdicción.

Con la expedición del auto, sea de sobreseimiento o de llamamiento a juicio plenario, concluye la intervención del juez penal en los juicios de acción pública. El procedimiento de la etapa intermedia está regulado en los artículos desde el 227 hasta el 231 del nuevo Código. Por otra parte, tal como en el Código actual, según el Código nuevo el juez penal conserva su competencia para el juzgamiento de los delitos de acción privada.

IX. CONCLUSIÓN

Como queda demostrado, según el nuevo Código, los jueces penales seguirán interviniendo en los procesos desde su iniciación hasta la culminación de la etapa intermedia, pero libres de las cargas propias del juez inquisidor, para mantenerse como protectores de los derechos de las partes durante la instrucción; y, después, para asumir su real dimensión de juzgador en la sustanciación de la etapa intermedia y en el pronunciamiento de su fallo expresado, sea en el auto de llamamiento a juicio plenario, sea en el auto de sobreseimiento.

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

Farith Simon C.

I. Antecedentes.-

El nuevo Código de la Niñez y Adolescencia¹ (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 región² 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 Uzcategui⁴, 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 pro- vista de la triple cultura y formación del abogado, del médico y del educador (...)”⁵.

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 inició 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.

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 apelación⁷.

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 Judicial⁹.

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 años¹⁰, 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

⁶En 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.

⁷En 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.

⁸De 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.

⁹En 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; conocer 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.

¹⁰Dos 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.

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 inevitables¹¹ al funcionamiento de la administración de justicia.

Como se ha presentado en trabajos previos, las “ventajas” efectivas¹² 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 afirmación¹³. Finalmente, los defensores de la “eficiencia” nunca discutían sobre las verdaderas consecuencias derivadas del accionar de estos tribunales, ya que no les importaba el contenido y sentido de sus resoluciones sino la rapidez con las que estas se tomaban.

II. 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 adolescencia¹⁴, 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 Ser-

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.

vicio 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 Judicatura¹⁵ (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.

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

III. 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 de los organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos¹⁷ (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 violadoras 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 funciona-

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

miento 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 victimario.

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.

1. Derecho de Familia

Estas materias de competencia de los jueces se encuentran contenidas esencialmente, pero no exclusivamente²⁰, en el Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, nos referimos a: patria potestad, decisiones sobre su ejercicio, suspensión, limitación privación o pérdida, 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 paternidad²¹; y, adopción.

En algunos de estos temas se mantiene una doble jurisdicción, ya que los jueces de lo civil²² 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.

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 podrían 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.

b) Protección y garantía de derechos

Los jueces de la niñez y adolescencia son competentes para resolver sobre medidas administrativas de protección de derechos²³, 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.

1. 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.

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

IV. 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, unipersonales 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 Técnica²⁵, 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 Adolescencia²⁶.

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.

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.

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 Nacional²⁸.

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 Casación²⁹, 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 pérdida 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 im-

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.

portantes 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).

V. 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 eficacia³⁰.

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, inmediatez, 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 niño³¹, 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.

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”.

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.

a) 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 artículo 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.

b) 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...”

VI. 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 todas 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 qué 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 una 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 está 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 adolescente 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 donde 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.

El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones

Álvaro Galindo

I. Introducción

Este trabajo está enfocado a tratar el consentimiento como requisito necesario para acudir a la solución de controversias en materia de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el CIADI o el Centro).

El CIADI es una creación del Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio del CIADI o Convenio).

El Arbitraje es el método de solución de conflictos más utilizado en materia de inversión en la actualidad. Uno de los objetivos buscados es dejar atrás los días en que la forma de solucionar controversias entre inversionistas y estados soberanos se producía a través de la protección diplomática en contra del Estado receptor de la inversión por parte del Estado de origen del inversionista.¹

El Convenio CIADI, como se desprende del texto de los trabajos preparatorios, pretende que las diferencias en materia de inversión sean despolitizadas y se manejen en espacios neutrales sin injerencias externas. Esta es una de las razones que explican que una vez que ha sido otorgado el consentimiento para un arbitraje bajo el Convenio no se podrán utilizar mecanismos, entre otros, como el de la protección diplomática.²

II. El Consentimiento

El arbitraje en materia de inversión, como prácticamente todo tipo de arbitraje, requiere la existencia de un acuerdo por escrito o consentimiento previo. El consentimiento de ambas partes, esto es, del Estado receptor de la inversión y del inversionista, es un requisito indispensable para que exista jurisdicción por parte de un tribunal internacional.³

¹ También existió la llamada “diplomacia de los cañones”. Ver, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, R. Doak Bishop, James Crawford and W. Michel Reisman, Kluwer Law International, pag. 3: “The investors’ governments, if they were inclined to help their nationals, responded either with a show of military force (so-called “gunboat diplomacy) or by providing “diplomatic protection”.

² El artículo 27 del Convenio establece que: “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.”

³ Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados

Esto es también un elemento fundamental en el sistema de arbitraje bajo el Convenio CIADI. En el texto del Convenio se hace referencia en varias ocasiones al consentimiento.⁴ El Convenio CIADI deja clara que la mera ratificación por parte de un Estado y el hecho de ser parte contratante, no implica la existencia del consentimiento expreso.⁵

Para que exista jurisdicción por parte del CIADI y competencia por parte de un tribunal de arbitraje bajo este mecanismo, existen varios requisitos que se deben tomar en cuenta y que se encuentran enunciados en el artículo 25 del Convenio

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

El Informe de los Directores Ejecutivos menciona que “el consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.”⁶

Sin embargo, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a la jurisdicción del CIADI. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes, temas que están más allá del alcance del presente trabajo.

Existen tres formas, en la práctica, para la formación del consentimiento.

y Nacionales de otros Estados, Banco de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1964, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

El Informe de los Directores Ejecutivos declara que: “El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente (Artículo 25(1)).

⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> En el preámbulo: “Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a (...) arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio (...).

⁵ Ibidem. “Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”

⁶ Ibidem, párrafo 24.

La más conocida, y hoy tal vez la que va siendo menos usada, es el consentimiento otorgado en una cláusula arbitral entre las partes. Estas cláusulas se encuentran en los contratos de inversión entre Estados e inversionistas extranjeros. Existen modelos de cláusulas que pueden ser de gran utilidad a la hora de querer introducir en un contrato un convenio arbitral.⁷

Otra fuente de formación del consentimiento es a través de la normativa de un Estado, típicamente en la legislación doméstica en materia de inversión.⁸ Estas normas ofrecen el arbitraje de manera general, aunque es importante anotar que una disposición de esta naturaleza no es suficiente para la existencia del consentimiento. Siempre será necesaria la existencia previa del acuerdo entre las partes. En este caso, para que el acuerdo se perfeccione, faltará aún el pronunciamiento del inversionista y aceptar la “oferta” dada por el Estado en su legislación. Esta aceptación puede darse a través de una comunicación o iniciando un procedimiento de arbitraje.

La tercera fuente de formación del consentimiento es a través de un Tratado, ya sea de carácter bilateral o de carácter multilateral. La mayoría de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's) contienen la oferta del Estado al inversionista del otro Estado parte del Tratado.⁹ También se encuentra esta oferta en Tratados Multilaterales, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte o la Carta de Energía.¹⁰

Es importante señalar que esta “oferta de arbitraje” otorgada por los Estados en tratados internacionales, que hoy es la fuente más usual del consentimiento en los arbitrajes bajo el Convenio CIADI, no está contemplada de manera expresa ni en

7 Ver, e.g., la siguiente cláusula: “El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el “Estado Receptor”) y nombre del inversionista (en adelante denominado “el Inversionista”) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje] /[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el “Convenio”). Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-spa/7.htm#nota6#nota6>

8 SPP v. Egypt, Decision on Jurisdiction I, 27 November 1985, 3 ICSID Reports, 131. “Las disputas de inversiones en relación a la aplicación de las disposiciones de la presente Ley deberán ser resueltas de la forma en que se acuerde con el inversionista o en el marco de los Tratados vigentes entre Egipto y el Estado del inversionista o en el marco del CIADI, vigente para Egipto desde 1971.” La traducción es del autor. La Demandante soportaba su argumento sobre la base del Art. 8 de la Ley de Inversiones de Egipto de 1974.

De acuerdo al Tribunal, Egipto sostuvo que esta cláusula requería un consentimiento de implementación por separado con el inversionista. Que el sentido de esta disposición era informar a potenciales inversionistas que el CIADI era uno de los variados métodos de solución de controversias que podían ser negociados con autoridades egipcias, bajo las circunstancias apropiadas. El tribunal concluyó que no existía nada en la disposición analizada que requiriera una posterior manifestación de consentimiento para la jurisdicción del Centro, más allá de la aceptación por parte del inversionista de la oferta otorgada por el Estado en su legislación.

9 Ver, Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente a partir del 11 de mayo de 1997. Artículo VI (4): “Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad (...). El resaltado es del autor. El texto liga el consentimiento del Estado (que se otorga en este párrafo) con la opción que escoja el inversionista. En otros términos, lo que dice es que si el inversionista escoge la opción del arbitraje UNCITRAL, a ello consiente el Estado. Si el inversionista escoge la opción de un arbitraje CIADI, también consiente en ello el Estado

10 En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el consentimiento se encuentra en el artículo 1120. En la Carta Europea de la Energía el consentimiento se encuentra en el artículo 26.

el Convenio ni en el Informe de los Directores Ejecutivos.¹¹ Sin embargo, esto no debe llevar a una equivocada conclusión. Al momento de la redacción del Convenio CIADI y su posterior aprobación, los Tratados Bilaterales de Inversión estaban empezando a ser utilizados por los Estados.

III. Interpretación del Consentimiento

La primera ocasión en que se invocó como fuente directa del consentimiento un Tratado Bilateral de Inversión fue en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*.¹²

Desde entonces, la gran mayoría de casos administrados por el CIADI tienen como fuente del consentimiento las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados, que se encuentran en los TBI's.

Un tema recurrente en los argumentos presentados ante los Tribunales es si la interpretación del consentimiento debe ser de carácter restrictivo o de carácter extensivo, esto obviamente, dependiendo de los "zapatos" que tengan puestos los abogados litigantes.

Los Estados demandados han insistido en una interpretación de carácter restrictivo, sobre la base de que este consentimiento implica una derogación de la soberanía del Estado. Por otro lado, el inversionista ha intentado invocar una forma de interpretación diametralmente opuesta, bajo el principio de "interpretación efectiva".¹³ Esta línea de interpretación está recogida en el caso *Tradex*, en el que el Tribunal concluye a favor de la existencia del consentimiento y por lo tanto de la competencia del Tribunal.¹⁴

En el caso *AMCO*, el tribunal concluyó que el consentimiento debe ser interpretado en una forma que lleve a descubrir y respetar el deseo común de las partes, es decir, aplicando el principio *pacta sunt servanda*, concepto común de los sistemas legales doméstico e internacional.¹⁵

En el caso *SPP*, el Tribunal consideró que no existe una presunción a favor de la jurisdicción, más aún cuando una de las partes es un estado soberano, pero tampoco a la inversa, es decir, una presunción en contra de la existencia de tal jurisdicción. El

11 El Informe de los Directores Ejecutivos menciona la posibilidad de una oferta unilateral de arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión, a través de su legislación doméstica y la aceptación de tal oferta por parte del inversionista. Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 24.

12 *AAPL v. Sri Lanka*, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250: "The present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen".

13 Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001. Pág. 249.

14 *Tradex v. Albania*, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, 5 ICSID Reports 47: "[i]n case of doubt the 1993 Law should rather be interpreted in favour of investor protection and in favour of ICSID jurisdiction in particular."

15 *Amco c. Indonesia*, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports 398. Ante la afirmación de la demandada, de que siendo el consentimiento al arbitraje una limitación a sus facultades soberanas, este debía ser interpretado de forma restrictiva, el Tribunal consideró que "... like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda*, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law."

Tribunal concluyó que los instrumentos que contienen la jurisdicción del Tribunal no deben ser interpretados ni restrictiva ni extensivamente, sino de manera objetiva y de buena fe.¹⁶

Es una cuestión solidamente establecida el que el inversionista puede aceptar la oferta del Estado dada en el TBI, a través de la iniciación del procedimiento arbitral. No hay nada en los TBI's que sugieran que el inversionista debe comunicar su consentimiento de forma distinta y directa al Estado.¹⁷

IV. Alcance del consentimiento

En algunos casos, las ofertas de arbitraje que se encuentran en las legislaciones de los Estados son bastante amplias y cubren todas las controversias que pudieran surgir y que estén vinculadas a la inversión extranjera.¹⁸ En otros casos, el alcance es menos extenso, como cuando los términos utilizados son limitados en cuanto a la materia.¹⁹

Hay disposiciones en los TBI's que, con el objeto de cubrir bajo su "manto protector" obligaciones contractuales contraídas por Estados con inversionistas, han producido el efecto de ampliar el alcance del consentimiento otorgado por parte de los Estados.

Se han dado interpretaciones confrontadas por parte de los Tribunales de Arbitraje sobre el alcance de estas disposiciones, entre otras, en los muy comentados casos SGS c. Pakistan²⁰ y SGS c. Filipinas.²¹

En los términos del comentarista del Convenio CIADI más citado a nivel internacional, el Profesor Christoph Schreuer

16 SPP c. Egipto, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de abril de 1988, 3 ICSID Reports 143.

17 Ver, en este sentido, los siguientes casos: AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990. AMT v. Zaire, Award, 21 February 1997. SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. Generation Ukraine v. Ukraine, Award, 16 September 2003. Tokios Tokels v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, paras. 94-100.

18 Ver, Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente a partir del 10 de diciembre de 1999, artículo 8: "1. Las controversias que surgen entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas por las partes en la controversia; 2. Si una controversia en el sentido del párrafo (1) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las Partes en la controversia la haya notificado a la otra, será sometida a: (arbitraje CIADI).

19 Ver, Tradex c. Abania, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, 5 ICSID Reports 124. La "oferta" dada por Albania en su legislación doméstica estaba limitada: "[S]i la disputa surge o está relacionada con expropiación, compensación por expropiación o discriminación o también por transferencias de acuerdo al artículo 7 (...)"

20 SGS v. Pakistan, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003. El Tribunal consideró que no tenía jurisdicción en relación a los reclamos contractuales que no constituyeran a su vez un incumplimiento de los estándares sustantivos del Tratado.

21 SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. El tribunal consideró que la disposición en cuestión era completamente general permitiendo el sometimiento a arbitraje de toda disputa en materia de inversión.

“La posición adoptada por los Tribunales SGS c. Pakistan y en Joy Mining dejan sin significado práctico alguno a la cláusula paraguas. Por lo tanto, la interpretación de SGS c. Filipinas, a la que arribó sobre este punto, es claramente la mejor.”²²

Es un criterio establecido por los precedentes que este tipo de redacción contiene asuntos que van más allá de la mera interpretación o aplicación del Tratado y que incluyen o que están relacionadas con las disputas que surjan de los contratos en conexión con una inversión.

En el caso Salini,²³ el Tribunal consideró que la disposición incluía no solo materias cubiertas por el Tratado sino también controversias relacionadas al contrato. En el procedimiento de anulación en el caso Vivendi,²⁴ el Tribunal arribó a una conclusión similar.

En la decisión del Tribunal en el caso Joy Mining,²⁵ con la cual muchos Estados se sienten cómodos por su alcance, se arribó a la conclusión de que para que una disputa contractual esté cubierta por un Tratado, la violación de las disposiciones del contrato y del Tratado debe ser clara y de tal magnitud que active la protección del Tratado. Concluyó que en ese caso no se cumplía ese estándar.

Hay comentaristas que han criticado fuertemente esta decisión, entre otros, el Profesor Schreuer, inclinándose a favor de la interpretación dada por el Tribunal SGS c. Filipinas.

V. Condiciones de procedimiento al consentimiento

Los Estados han previsto en los TBI's algunas condiciones al consentimiento, con el objeto de que el inversionista no tenga una “carta blanca” para acudir a un procedimiento internacional. Entre las más utilizadas, cabe señalar las siguientes:

a) Tiempos de espera para una solución amistosa

La gran mayoría de TBI's incorporan en la disposición de solución de controversias, una etapa previa de negociación o también llamado “período de enfriamiento”. Con esto se busca que las partes tengan la oportunidad de resolver la diferencia de manera directa y sin necesidad de recurrir a un procedimiento de carácter internacional.

²² La traducción es del autor.

²³ Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/Royaume du Maroc, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, 6 ICSID Reports 400.

²⁴ Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, Decision on Annulment, 3 July 2002, 6 ICSID Reports 340. “It is those disputes which may be submitted, at the investor’s option, either to national or international adjudication. Article 8 does not use a narrower formulation, requiring that the investor’s claim allege a breach of the BIT itself. Read literally,

the requirements for arbitral jurisdiction in Article 8 do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT.”

²⁵ Joy Mining v. Egypt, Award, 6 August 2004.

En recientes casos, se puede apreciar que los Tribunales se inclinan por interpretar este requerimiento como “procedimental” y no como un requisito de “jurisdicción”²⁶

Sin embargo, un Tribunal consideró que este requisito debía cumplirse para que existiera jurisdicción bajo el Convenio CIADI y de esta forma, el Tribunal fuera competente para decidir la controversia entre las partes.²⁷

Se ha propuesto que, ante el incumplimiento del “período de espera”, un mejor arreglo para las partes - no necesariamente desde la óptica rígida de si existe o no jurisdicción para que el Tribunal conozca la controversia – sería que el Tribunal decida la “suspensión de procedimientos” y de esta forma otorgar un período de espera para que las partes traten de lograr un acuerdo, siempre y cuando se considere útil tal decisión.²⁸

b) Agotamiento de recursos internos

Este requisito ha sido prácticamente eliminado de las disposiciones sobre solución de controversias en los TBI's. No es necesario el agotamiento de los recursos internos salvo estipulación en contrario

El artículo 26 del Convenio CIADI dispone que:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.”

La segunda parte del Artículo 26 de Convenio es clara, en el sentido de que cualquier Estado Contratante “podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”. Si un Estado así lo solicita, se podría incluir en el acuerdo de consentimiento una cláusula que incorpore este requisito.²⁹

²⁶ Ver, en este sentido, el caso SGS c. Pakistán: “Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction [...]”

²⁷ Ver, en este sentido, el caso Enron c. Argentina: “[T]he conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction”

²⁸ Christoph H. Schreuer, Consent to Arbitration, *Transnational Dispute Management*, Vol. 2-issue 5, November 2005. La estructura del presente trabajo se basa, en gran parte, en la propuesta del Profesor Schreuer recogida en este artículo.

²⁹ Ver, e.g., la siguiente cláusula: “Antes de que una de las partes del presente instrumento inicie un procedimiento de arbitraje al amparo del Convenio con relación a una diferencia determinada, dicha parte deberá haber tomado todas las medidas necesarias a fin de agotar los recursos [administrativos] [y] [judiciales] disponibles con arreglo a la legislación del Estado Receptor respecto de esa diferencia [lista de los recursos que deben agotarse], a menos que la otra parte renuncie por escrito a esa condición.”

c) Elección de vía, bifurcación del camino o “fork in the road”

Esta condición al consentimiento tiene un efecto opuesto a la condición del agotamiento de los recursos internos. Una gran cantidad de TBI's incorporan en sus disposiciones de solución de controversias, una oferta al inversionista, el que debe escoger entre la posibilidad de recurrir a las cortes locales o al arbitraje internacional.

El efecto de recurrir a uno u otro procedimiento es que, una vez escogida una vía, la otra precluye. La opción escogida es definitiva, y por lo tanto, si el inversionista acudió a las cortes locales para que la controversia sea resuelta, la opción de acudir al arbitraje internacional deja de existir.³⁰

Es importante tomar en cuenta que los tribunales han señalado de forma reiterativa que para que exista una “elección de vía” de acuerdo a los términos de un TBI, es necesario que las partes y la causa de acción sean las mismas.³¹

VI. Conclusión

El consentimiento es, tal como lo afirmaran en su momento los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, la piedra angular de la jurisdicción del CIADI. Una vez otorgado, no puede ser retirado de manera unilateral por ninguna de las partes, sería necesaria una autorización expresa de todas las partes para que este pueda ser retirado.

El consentimiento como un elemento que va más allá de una interpretación restrictiva o extensiva, debe ser analizado por parte de los tribunales de arbitraje bajo el principio de la buena fe y tomando en cuenta el objeto y propósito del Convenio CIADI.

³⁰Ver, en este sentido, el artículo VI(3)(a) del TBI entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América: “Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) (entiéndase cortes locales) o el inciso b) (entiéndase otro procedimiento previamente pactado) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio (...)”.

³¹ Este principio ha sido recogido por un gran número de tribunales. A manera de ejemplo, en el caso *Occidental c. República del Ecuador (IVA Petrolero)*, el Tribunal consideró que las acciones iniciadas por la compañía en las cortes locales tenían una causa de acción distinta a aquellas invocadas en el arbitraje bajo el TBI aplicable al caso. *Occidental c. Ecuador*, Laudo de 1 de julio de 2004, párrafos 38-63.

El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana

Juan Manuel Marchán

I.- INTRODUCCIÓN:

Mediante un proceso de consulta popular, los ecuatorianos votamos favorablemente para que una Asamblea Nacional Constituyente (en adelante “ANC”) elabore una nueva constitución política que sería puesta en consideración de la población mediante referéndum.

La ANC, conformada en su mayoría por asambleístas pertenecientes al partido de gobierno, redactó una nueva Constitución Política que fue aprobada por una amplia mayoría de los ecuatorianos mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008.

El 20 de octubre de 2008 se publicó en el Registro Oficial No. 449 el texto de la nueva Constitución aprobada por la ANC y, por tanto, la nueva carta política entró en vigencia en todo el territorio ecuatoriano.

La Constitución reconoce el arbitraje nacional y contiene disposiciones para su regulación, pero, sin embargo, lo hace con una perspectiva distinta a la de su antecesora. De la misma forma contempla una normativa específica en relación con el arbitraje internacional y los tratados y convenios internacionales que no resulta beneficiosa para el desarrollo del arbitraje internacional en el Ecuador.

De hecho, la nueva Constitución intentó blindar al Estado ecuatoriano de cualquier posibilidad de someterse a los denostados procesos de arbitraje internacional sin que, a juicio del autor, este objetivo haya sido exitosamente alcanzado.

El Ecuador experimenta en la actualidad una abierta hostilidad hacia el arbitraje internacional derivada de las múltiples demandas internacionales presentadas por inversionistas extranjeros y por decisiones contrarias a los intereses del Estado.

En este artículo se examina lo siguiente: (i) El nuevo régimen constitucional aplicable al arbitraje como un mecanismo alternativo a la administración de justicia estatal para la solución de controversias *vis à vis* las normas de la Constitución de 1998¹; (ii) Cómo se interrelacionan y compatibilizan las nuevas normas constitucionales con las disposiciones previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante “LAM”) vigente en el Ecuador².

¹ Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.

² Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación en el Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.

II. RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE Y OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN:

La nueva Constitución reconoce expresamente al arbitraje como mecanismo válido para la solución alternativa de conflictos. En efecto, su artículo 190 contenido en la Sección Octava del Capítulo IV del Título IV de la Constitución, dispone:

“Se reconoce el **arbitraje**, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

Esta disposición es similar a la contenida en la Constitución de 1998 que igualmente reconocía el arbitraje como método alternativo de solución de controversias. La norma pertinente estaba ubicada en el acápite correspondiente a la Función Judicial y, en su artículo 191, señalaba lo siguiente:

“Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. **Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. [...].**”

La nueva Constitución mantiene el reconocimiento al arbitraje, sin hacer distinción entre nacional o internacional, tendencia que existe en las diversas constituciones y leyes de arbitraje en América Latina³.

Sin embargo de esto, la disposición constitucional en estudio trae dos normas que no constaban en la Constitución de 1998 una de las cuales, a nuestro juicio, puede ocasionar más de un problema para el desarrollo del arbitraje en el Ecuador: (i) La determinación de que los métodos alternativos de solución de controversias “...se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza **se pueda transigir**”, y; (ii) La necesidad de contar - para todos los casos en los cuales el Estado se debe someter a arbitraje - con el “...pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado”.

2.1. LA DETERMINACIÓN DE QUE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS “...SE APLICARÁN CON SUJECIÓN A LA LEY, EN MATERIAS EN LAS QUE POR SU NATURALEZA SE PUEDA TRANSIGIR”

Esta disposición constitucional no registra mayor novedad en vista de que la determinación de que el arbitraje se aplicará únicamente a las materias en las que se pueda transigir constaba ya en la Ley de Arbitraje y Mediación.

3 Fernando Cantuarias Salaverry, ARBITRAJE COMERCIAL Y DE LAS INVERSIONES, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Editora Jurídica GRILEY E.I.R.L., Abril 2007, Pág. 79 y ss.

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece lo siguiente:

“El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las **controversias susceptibles de transacción**, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.

El concepto o determinación de que se puede considerar como transigible y, por ende, susceptible de arbitraje consta en el Código Civil al referirse al contrato de transacción⁴. Como veremos más adelante, la nueva Constitución intentó establecer una restricción a la arbitrabilidad objetiva al impedir la celebración de tratados que establezcan mecanismos arbitrales para temas contractuales o comerciales.⁵

2.2. LA NECESIDAD DE CONTAR PARA TODOS LOS CASOS EN LOS CUALES EL ESTADO SE DEBE SOMETER A ARBITRAJE CON EL “... PRONUNCIAMIENTO FAVORABLE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO”.

Esta disposición resulta desafortunada para el desarrollo del arbitraje nacional e internacional en el Ecuador, ya que restringe la posibilidad del Estado de someterse a arbitraje mientras no cuente con la autorización de un funcionario notablemente político, como lo es el Procurador General del Estado que es, a su vez, designado por el Presidente de la República.

Antes de la vigencia de la mencionada norma constitucional, tanto la Ley de Arbitraje y Mediación como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁶ (en adelante “LOPGE”) establecían los requisitos para que una entidad del sector público pueda someterse al arbitraje.

En primer término, cuando el Estado acuerda someterse a arbitraje nacional, la LAM determina en su artículo 4 una serie de requisitos que deben cumplirse para que dicho acuerdo sea válido, a saber:

“Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

⁴ Código Civil, Título XXXVIII, La Transacción.

⁵ Sobre arbitrabilidad objetiva véase: Eduardo Silva Romero, El objeto del Contrato de Arbitraje: La Arbitrabilidad Objetiva, Introducción, El Contrato de Arbitraje, Editorial LEGIS, Bogotá – Colombia, 2005; Ximena Herrera Bernal, Arbitrabilidad Objetiva, El Arbitraje Comercial, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario, Editorial Abeledo Perrot; Alvaro Mendoza Ramírez, Arbitrabilidad Objetiva, El Contrato de Arbitraje, Editorial LEGIS, Bogotá – Colombia, 2005.

⁶ Codificación No. 15. Registro Oficial No. 312 de 13 de Abril del 2004.

(i) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; (ii) La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; (iii) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, (iv) El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.”

La aplicación de esta norma legal no entrañaba en la práctica problemática alguna, ya que en más del 90% de los casos en los cuales el Estado se sometía a arbitraje⁷ era a través de la celebración de cláusulas arbitrales contenidas en los diversos contratos, sin necesidad de contar con la autorización del Procurador. Igualmente eran pocos los casos en los cuales el Estado suscribía un compromiso arbitral posterior al surgimiento de la controversia, lo que sí requería de la autorización del Procurador General del Estado.

Por su parte, el artículo 11° de la LOPGE, en concordancia con la LAM, establece que las entidades del sector público podrán someterse a arbitraje sin necesidad de autorización o pronunciamiento favorable del Procurador, salvo en los siguientes casos: (i) Cuando la controversia hubiera surgido con posterioridad a la firma del contrato (compromiso arbitral), y; (ii) Cuando el Estado quiera someterse a arbitraje internacional.

Como puede evidenciarse, la normativa infra-constitucional vigente en el Ecuador no requiere de la autorización o el parecer favorable del Procurador para que las instituciones del sector público se sometan a arbitraje, salvo los dos casos arriba mencionados. En virtud del principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 424 de la nueva Constitución⁸, estas dos normas legales estarían tácitamente derogadas por oponerse a una expresa norma que manda contar con el parecer favorable del Procurador General del Estado, bajo pena de carecer de “... eficacia jurídica”.

La autorización del Procurador General estará, sin duda, sometida a la política que mantenga el gobierno de turno frente al arbitraje y no obedecerá a las ventajas de éste frente a la justicia ordinaria como son la “...neutralidad del foro, reconocimiento internacional de los laudos, inapelabilidad de las decisiones arbitrales, idoneidad y experiencia de los árbitros, confidencialidad del proceso, rapidez y economía y ahorro de recursos para el Estado”⁹.

⁷ Estadísticas del año 2008 de la Cámara de Comercio de Quito.

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

⁹ Xavier Andrade Cadena, “Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana”, Revista de Derecho Com-

III. EL TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN:

3.1. Antecedentes:

La adopción de la nueva Constitución Política del Ecuador estuvo inmersa, como hemos señalado, en un abierto clima de hostilidad hacia el arbitraje internacional y, especialmente, hacia el arbitraje entre inversionistas privados y el Estado.

Previo a la instalación de la ANC, el Ecuador había denunciado múltiples tratados bilaterales de inversión¹⁰ y había notificado al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI que bajo el artículo 25(4) del Convenio del CIADI no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro las disputas "... que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales, como petróleo, gas, minerales u otros"¹¹.

Igualmente en la región se vivía un clima adverso hacia el arbitraje internacional que tuvo su punto más delicado con la denuncia del Convenio del CIADI por parte de la República de Bolivia y las múltiples iniciativas de países latinoamericanos en contra del CIADI.¹²

Lamentablemente, la hostilidad tradicional hacia el arbitraje internacional que ha existido en América Latina¹³ y que parecía haberse superado se ha reactivado con mucha fuerza en el Ecuador, a tal punto que el propio Presidente de la República anunció un frente común en contra del CIADI¹⁴, lo que a nuestro juicio originó que

parado, Arbitraje, Ed. Rubinzal – Colzoni, Buenos Aires, (2005), p. 134-139.

10 Nota de prensa disponible en: www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=19861 (El Ecuador denunció tratados de inversión

1/30/2008)<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

11 Carta enviada por el Estado Ecuatoriano a la Secretaría General del CIADI, el 23 de noviembre de 2007, disponible en: t.

12 Emanuel Gaillard, *Anti Arbitration Trends in Latin America*, *The New York Law Journal*, Volume 238 No. 108, June 5, 2008; Marco E. Schnabl & Julie Bédard, *The Wrong Kind of 'Interesting'*, *The National Law Journal*, July 30, 2007; *Latin Lawyer Review*, *INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, Nigel Blackaby y Silvia Noury; Xavier Andrade Cadena y Marco Tulio Montañes, *INTRODUCTORY NOTE TO ECUADOR'S NOTICE UNDER ICSID ARTICLE 25(4)*, 47 *ILM* 154 (2008), *International Legal Materials*, *The American Society of International Law*.

13 H. Grigera Naon, *Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility (An Update)*, 22 *INTER-AMERICAN L. R.* 203 (1991); A. Garro, *The Uncitral Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America*, 2 *THE AMERICAN R. OF INT'L ARB.* 201 (1990); H. Grigera Naon, *International Commercial Arbitration in Latin America: What now?*, *COMPARABILITY AND EVALUATION, ESSAYS IN HONOUR OF DIMITRA KOKKINI-IATRIDOU* 325 (1994); R. Layton, *Changing Attitudes towards Dispute Resolution in Latin America*, 10 *J. INT'L ARB.* 123 (1996); F. Mantilla Serrano, *Major trends in International Commercial Arbitration in Latin America*, 17 *J. INT'L ARB.* 139 (2000); B. Fulkerson, *A Comparison of Commercial Arbitration: the United States & Latin America*, 23 *HOUSTON J. OF INT'L L.* 537 (2001); A. Garro, *LATIN AMERICAN LAW: ARBITRATION LAW & PRACTICE* (2001); N. Blackaby, D. Lindsey y A. Spinillo (Eds.), *INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, *KLUWER LAW INTERNATIONAL*, (2002); J. Kleinheisterkamp, *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, *OCEANA PUBLICATIONS*, (2005); Cristián Conejero Roos, "La Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: Un Análisis Comparativo", *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 255, Año 2004, páginas 255-290.

14 Nota de prensa disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/gobierno-anuncia-frente-comun-contra-el-ciadi-283512-283512.html>. (última visita Diciembre 7 de 2008)

los asambleístas tengan ya un marcado prejuicio en contra del arbitraje internacional que iba a verse reflejado en cómo la nueva Constitución trataría este complicado tema.

3.2. El tratamiento del arbitraje internacional en la nueva Constitución:

En vista del complicado ambiente político que rodeó a la discusión de la nueva Constitución y, especialmente, a la aprobación de la normativa referente al arbitraje internacional, era de esperarse que el producto final sería una mezcla de declaraciones políticas – filosóficas sin un norte claro.

De manera curiosa, la norma constitucional que intenta regular el arbitraje internacional está bajo el Título VIII, en la sección correspondiente a las Relaciones Internacionales y a los Tratados Internacionales en forma de una prohibición hacia el Estado para celebrar tratados futuros.

En efecto, la norma contenida en el artículo 422 de la Constitución establece una prohibición expresa para que el Estado ecuatoriano celebre tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda jurisdicción “soberana” a instancias de arbitraje internacional en materias contractuales o comerciales, en los siguientes términos:

“Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

En primer término, debemos referirnos a lo que se debe entender por “jurisdicción soberana” en el contexto de la norma constitucional citada, que entendemos es la facultad del Estado de administrar justicia a través de los mecanismos reconocidos en la Constitución y en la Ley¹⁵.

La norma aprobada por la ANC parte de tres premisas jurídicas que consideramos incorrectas y que analizaremos en este capítulo: **(i)** La primera es que los asam-

¹⁵ Al respecto debemos remitirnos a lo que dispone el Código de Procedimiento Civil al referirse a jurisdicción cuando señala en su artículo 1 lo siguiente: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las Leyes.”

bleístas asumen que la única fuente de sometimiento por parte de un Estado a un arbitraje internacional es la celebración de tratados internacionales; **(ii)** La segunda es que los assembleístas asumen que los únicos tratados que admiten la posibilidad de someterse a arbitraje internacional son aquellos que tratan materias contractuales o comerciales; y, **(iii)** La tercera es que los assembleístas igualmente asumen que las únicas materias que se discuten en los arbitrajes internacionales tiene carácter contractual o comercial.

En el primer caso, la norma constitucional referida no impide que el Estado pacte el sometimiento a arbitraje internacional al celebrar un contrato con un inversionista extranjero, lo que es perfectamente válido y permitido por la norma en mención. Recordemos que la prohibición es sólo para la celebración de tratados futuros. En este caso, si el Procurador General del Estado da su consentimiento podría pactarse, como ya se lo ha hecho, arbitraje internacional **contractual** sin que esto esté prohibido por la norma arriba transcrita¹⁶.

En el segundo caso es igualmente evidente que no solamente los tratados que tratan de asuntos comerciales o contractuales son los únicos que prevén la posibilidad de someter las controversias que se deriven de éstos al arbitraje internacional. El ejemplo más claro son los tratados bilaterales de inversiones que, como veremos, no tratan necesariamente de temas contractuales o comerciales y que establecen un marco de garantías y protección a los inversionistas extranjeros. Otro ejemplo son los tratados de límites o alianzas militares que establecen mecanismos arbitrales para la solución de controversias y no son necesariamente contractuales o comerciales.

En el tercer caso las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados que son sometidas a arbitraje internacional no se derivan necesariamente de relaciones contractuales o comerciales, sino de la violación o desconocimiento de las obligaciones que el Estado ha asumido –en favor de la generalidad de inversores de otro país– en los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones.

Lo que la norma constitucional prohíbe es que el Ecuador suscriba **tratados que establezcan mecanismos arbitrales en disputas de tipo comercial o contractual**. Sin embargo, las disputas entre inversionistas y Estados se derivan, en su mayoría, de violaciones a tratados bilaterales de promoción y garantía de inversiones o a obligaciones de derecho internacional público, lo que no estaría prohibido por la norma.

¿Alcanza esta limitación de “comercial o contractual” prevista en el artículo 422 de la nueva Constitución al arbitraje de inversión? La respuesta a esta pregunta no es fácil; intentar hacer una determinación sobre qué se entiende por “comercial o contractual” es una tarea complicada.

Bajo la legislación ecuatoriana podríamos empezar determinando que por “contractual” se entendería toda relación bilateral de dar, hacer o no hacer en los términos

¹⁶ De hecho el Estado Ecuatoriano ha celebrado ya contratos con las compañías petroleras o telefónicas en los cuales se ha pactado arbitraje internacional, con sede en Chile, bajo las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI.

previstos en el Código Civil.¹⁷ El definir lo que se entiende por comercial nos obliga a remitirnos, principalmente, al Código de Comercio que determina quiénes tienen la calidad de comerciantes¹⁸ y qué son actos de comercio.¹⁹

En este sentido, podemos afirmar que conforme la legislación ecuatoriana la restricción de “comercial o contractual” prevista en la norma constitucional no abarca al arbitraje de inversión, ya que la naturaleza de la controversia es una violación a un tratado con un objeto específico que no puede considerarse como contractual o comercial. Si bien el Estado suscribe contratos con los inversionistas privados, la gran mayoría de arbitrajes no son por violaciones a los contratos sino a los tratados bilaterales de inversiones. Es común igualmente que el Estado firme contratos de inversión, lo que tampoco estaría prohibido por la norma constitucional en mención.

En materia internacional consideramos que el punto de partida para definir qué puede entenderse como “comercial” sería la norma prevista en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 1:

“Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de

¹⁷ Según el artículo 1454 del Código Civil: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

¹⁸ El Código de Comercio determina las personas que pueden ser consideradas o no como comerciantes: “Art. 2.- Se considerarán comerciantes a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, domiciliadas en el Ecuador, que intervengan en el comercio de muebles e inmuebles, que realicen servicios relacionados con actividades comerciales, y que, teniendo capacidad para contratar, hagan del comercio su profesión habitual y actúen con un capital en giro propio y ajeno, mínimo de Treinta mil sucres para la jurisdicción de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil; de Ocho mil sucres para Cuenca, Manta y Bahía de Caráquez; y, de Cinco mil sucres para los demás cantones.”

¹⁹ Igualmente la definición de actos de comercio está prevista en el artículo 3 de esta norma que señala Art. 3.- Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias; 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; 3.- La comisión o mandato comercial; 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico; 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo; 7.- El seguro; 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; 9.- Las operaciones de banco; 10.- Las operaciones de correduría; 11.- Las operaciones de bolsa; 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas; 13.- Las asociaciones de armadores; 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y, 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.

Existe otra normativa que regula actividades comerciales y afines como la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Compañías, entre otras.

distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima o férrea o por carretera.”²⁰

Esta interpretación de carácter ejemplificativo provista por la Ley Modelo es bastante amplia y cubre la mayoría de los aspectos referentes a las transacciones comerciales internacionales. Diversos autores coinciden en señalar que al término “comercial” se le debe dar una amplia definición y que se debe estar a lo previsto por las normas locales de cada país. De hecho, autores como Alan Redfern y Martin Hunter han señalado que pese a que “...problemas han surgido ocasionalmente [con la definición de comercial], las cortes de ciertos países han adoptado una definición uniforme, la perspectiva general es que comercial debe abarcar todo tipo de transacciones o negocios”.²¹

Como conclusión podemos decir que la limitación hecha por la norma constitucional de que no podrán celebrarse tratados donde se ceda jurisdicción soberana a instancias arbitrales en materias contractuales o comerciales no incluye las controversias derivadas de un tratado bilateral de promoción de inversiones, ya que su naturaleza y objeto son distintos y establecen un marco general de garantías a favor de los inversionistas, más no regulan actividad comercial o contractual alguna.

3.3. Excepciones a la prohibición de celebración de tratados futuros:

El artículo 422 de la Constitución establece que la prohibición de suscribir tratados futuros tiene dos excepciones, que son las siguientes: (i) Los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios; (ii) En controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

La primera excepción contenida en el artículo 422 nos llama la atención de manera particular, ya que establece dos presupuestos que no quedan claros de la lectura de la norma:

(a) El primer presupuesto es cuando la norma se refiere a “ciudadanos” sin determinar al verdadero alcance del uso de esta palabra. Esta redacción deficiente de la norma constitucional nos deja algunas dudas: i) Debemos remitirnos al derecho ecuatoriano para ver quienes son “ciudadanos”? ii) Debemos remitirnos al derecho del país de nacionalidad del “ciudadano” que buscar iniciar el arbitraje? iii) Al decir “ciudadanos” la norma excluye a las personas morales, pero no a las naturales de-

²⁰ Ver Artículo I de la Ley Modelo CNUDMI.

²¹ Citado por Fernando Cantuarias Salaverry, ARBITRAJE COMERCIAL Y DE LAS INVERSIONES, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Editora Jurídica GRILEY E.I.R.L., Abril 2007, Pág. 61.

trás del inversionista?.

La pobre redacción de la norma constitucional deja estas preguntas sin una respuesta clara, lamentablemente en las actas de discusión de la ANC no aparece cual fue la real intención de los asambleístas al emplear el término “ciudadanos”.

(b) El segundo presupuesto es cuando la norma dice ciudadanos “en Latinoamérica” tampoco queda claro: i) Si la sede del arbitraje deberá ser un Estado latinoamericano; ii) Si las disputas deben haberse originado en algún país de Latinoamérica; iii) O si el órgano que administre el arbitraje deberá ya sea ser latinoamericano o encontrarse en Latinoamérica.

Esta iniciativa parece hacer sentido con las declaraciones públicas del gobierno de crear una instancia arbitral internacional en el marco de la UNASUR, como alternativa al CIADI y otros mecanismos de arbitraje internacional. Lamentablemente todas son suposiciones que deberán ser verificadas con el pasar del tiempo y el desarrollo de la jurisprudencia.

Finalmente la segunda excepción se refiere al arbitraje internacional para la determinación de la legalidad, justicia y transparencia de la deuda externa adquirida por el Estado ecuatoriano. Esta idea de someter a arbitraje la legitimidad de la deuda externa refleja la reciente decisión del Estado ecuatoriano de no pagar los intereses sobre un tramo de la deuda externa por considerarla ilegítima²² y de iniciar acciones legales en contra de la banca acreedora.

3.4. El espíritu de las normas constitucionales referentes a arbitraje internacional:

La confusa, poco clara y “políticamente cargada” redacción de las normas constitucionales analizadas, especialmente del artículo 422, abren las puertas para que haya todo tipo de interpretaciones sobre si es posible o no tener arbitrajes internacionales el Ecuador.

De hecho, en las discusiones iniciales llevadas a cabo por los asambleístas miembros de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana de la ANC (mesa que conoció la reforma), se evidencia un total desconocimiento y un abierto prejuicio hacia el arbitraje internacional. Los asambleístas miembros de esta mesa al tratar el tema, concluyeron lo siguiente:

“El Artículo 8 (actual 422), recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por

²² Para mayor abundamiento véase el Informe Final de Auditoría Integral del Crédito Público emitido por la COMISIÓN DE AUDITORÍA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO CAIC.

cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractual o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial.”²³

Es innegable que la voluntad de los asambleístas era el “blindar” al Estado Ecuatoriano de la obligación de someterse a **cualquier** tipo de arbitraje internacional, especialmente a los denostados arbitrajes de inversión. Más aún, las actas del pleno de la ANC evidencian igualmente la intención de los asambleístas de evitar el arbitraje a toda costa:

“LA ASAMBLEÍSTA CALLE MARÍA AUGUSTA. En el primer inciso, se habla, concretamente, que el Estado ecuatoriano no va a ceder jurisdicción soberana cuando se trate de convenios con personas naturales, jurídicas, privadas o jurídicas-privadas; ese es el espíritu de primer inciso, es decir, un convenio que se realice con una compañía transnacional estadounidense deberá regirse por las leyes, por las normas jurídicas ecuatorianas, esa es una voluntad de ejercer soberanía sobre los convenios internacionales.”²⁴

Existen otras intervenciones de los asambleístas del partido de Gobierno²⁵ (que era la abrumadora mayoría) que evidencian con absoluta claridad que el espíritu de los constituyentes siempre fue vetar o prohibir que el Estado pueda ser demandado en arbitraje internacional, lo que tememos traiga problemas en el futuro, especialmente cuando se intente ejecutar un laudo arbitral en contra de una institución del Estado.

3.5. Lo positivo de la reforma constitucional:

Consideramos que la reforma constitucional llevada a cabo por la ANC no fue del todo mala, ya que mantuvo el reconocimiento constitucional hacia el arbitraje, lo que a todas luces es positivo. En un Gobierno de marcadas tendencias anti-arbitraje, la reforma constitucional pudo haber sido devastadora para el arbitraje.

Igualmente, es importante señalar que la reforma constitucional elimina el concepto de jurisdicción extraña y la prohibición de sometimiento al arbitraje, constante en el artículo 14 de la Constitución Política anterior que señalaba lo siguiente:

²³ Información contenida en documentación dirigida por la Asambleísta María Augusta Calle, Presidenta de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales a Integración Latinoamericana, al Presidente de la Asamblea, mediante Oficio No. 017-AC-M9-P de 16 de abril de 2008, disponible en www.asambleaconstituyente.gov.ec.

²⁴ Acta de la discusión de la Sesión No. 51 de 20 de mayo de 2008.

²⁵ Acta No. 038 del 22 de Abril de 2008: “LA ASAMBLEÍSTA OCLES ALEXANDRA. En el artículo ocho, queremos hacer una mención especial, y es que el espíritu de este artículo es rechazar el arbitraje que se presenta entre el Estado y personas de derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales, no las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales.” “EL ASAMBLEÍSTA ATARIHUANA GEOVANNY. [...] Por eso es que instrumentos como el famoso CIADI para proteger las inversiones extranjeras, deben ser rechazados por los pueblos. Y si alguna vez algún Gobierno, que no estuvo comprometido con su pueblo, sino con otros intereses, firmó, es necesario que denunciemos ese tratado. Y no se trata de dogmas o de posiciones ideológicas, sino de hechos concretos.”

“Art. 14.- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. **Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.**” (negrillas fuera del texto)

Esta norma no ha sido recogida en la nueva Constitución, por lo que se elimina definitivamente el concepto de jurisdicción extraña con relación al arbitraje, pese a que ha habido ya decisiones judiciales que señalan claramente que el término jurisdicción extraña no alcanza al arbitraje internacional.²⁶ La no inclusión de esta norma aleja definitivamente los fantasmas de considerar al arbitraje como jurisdicción extraña en el Ecuador, argumento que era utilizado para impedir que el Estado pueda someterse a arbitraje internacional.

IV. CONCLUSIONES:

En conclusión, podemos decir lo siguiente:

-La perspectiva del arbitraje nacional en el Ecuador es alentadora y no debería verse mayormente afectada por la aprobación del nuevo texto constitucional, ya que se mantiene el reconocimiento del arbitraje como método alternativo para la solución de controversias.

Lo complejo de la reforma está en el nuevo requerimiento que establece el artículo 190 de la Constitución: el de contar con la aprobación previa del Procurador General del Estado para que el sector público pueda pactar arbitraje. Esta reforma es poco afortunada ya que pone esta importante decisión en manos de un funcionario político que responde a los intereses del Gobierno.

Lamentablemente, tememos que el Procurador no tome su decisión pensando en las ventajas del arbitraje, sino en la conveniencia política para que un determinado caso sea o no resuelto en arbitraje. Esta limitación cobra mayor gravedad cuando el régimen actual ha manifestado su abierta oposición hacia el arbitraje.

-La perspectiva del arbitraje internacional no es tan alentadora. Pese a que

²⁶ EMELEC v. Ministerio de Energía y Minas, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, fallo de 7 de febrero de 1994.

la disposición constitucional está mal redactada, es confusa y no consigue el objetivo buscado por los asambleístas, el espíritu de la norma es claro y busca impedir a toda costa que el Estado se someta a arbitraje internacional. Esta reforma - con dedicatoria al CIADI - nos hace prever que el desarrollo del arbitraje internacional tendrá problemas en el futuro en el Ecuador.

Sin embargo de esto es importante anotar que los arbitrajes existentes o las ofertas abiertas de arbitraje contenidas en diversos tratados bilaterales de protección de inversiones permanecen válidas e inalteradas, conforme la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de la cual el Ecuador es parte²⁷. Ocurre lo mismo con las cláusulas arbitrales internacionales contenidas en los diversos contratos suscritos entre inversores extranjeros y el Estado ecuatoriano previos a la reforma constitucional.

- La propuesta de crear centros regionales de arbitraje en Latinoamérica es positiva; sin embargo, consideramos que es un desacierto restringir el arbitraje internacional a centros que, por ahora, no existen y limitar, como lo hace el artículo 422, el arbitraje a las disputas entre los Estados y ciudadanos en Latinoamérica, excluyendo a las personas jurídicas.

Es positivo que en los nuevos contratos petroleros el Estado esté empleando cláusulas arbitrales internacionales que ponen a Chile como sede de los arbitrajes y a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya como autoridad nominadora.

-Creo que la coyuntura es especial para el desarrollo de los sistemas arbitrales internacionales privados, tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI o la Asociación Americana de Arbitraje AAA, instituciones que podrían fácilmente sustanciar procesos arbitrales entre particulares y Estados e inclusive procesos arbitrales derivados de tratados de inversión, como ha ocurrido en otros casos.

-Finalmente lamentamos la pobre y confusa redacción de las normas constitucionales comentadas en este trabajo, los asambleístas actuaron sin pleno conocimiento de lo que es arbitraje y los prejuicios y presión política impuestos por el Gobierno fueron superiores a las abrumadoras ventajas del arbitraje, especialmente internacional, como método para la resolución de controversias entre inversionistas y el Estado.

²⁷ Registro Oficial No. 6 de 28 de Abril de 2005.

Teoría de la seguridad jurídica

Jorge Zavala Egas

I. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS ENUNCIADOS CONSTITUCIONALES: PRESUPUESTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO

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

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

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

Para, inmediatamente, reiterar:

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

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

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

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

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

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

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

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

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

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

Por otra parte, es de mucha trascendencia seguir la formulación de Elías DÍAZ cuando diferencia la seguridad llamada impropriamente jurídica que se asienta en la simple *legalidad*, de la seguridad jurídica verdadera que sólo es fundada en la *legitimidad* de esa legalidad; legitimidad nacida de su establecimiento y su ejercicio democráticos, pero ante todo de la asunción de los derechos y libertades fundamentales consagrados en el estado histórico contemporáneo de las sociedades más evolucionadas, y cuya conquista es irreversible, haciendo ilegítimo su desconocimiento¹.

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

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

26. La seguridad jurídica

¹ Ver infra Notas 3, 4 y 5

Tal reconocimiento no significa otra cosa que calificar a la *seguridad jurídica* como un bien fundamental, esto es, necesario para satisfacer una necesidad vital del ser humano. En efecto, dice J. ORTEGA y GASSET: “Partimos a la conquista de una seguridad radical que necesitamos porque, precisamente, lo que por lo pronto somos aquello que nos es dado al servicio dada la vida, es radical inseguridad”². O como explica, la seguridad, el profesor H. COING diciendo que es “un deseo arraigado en la vida anímica del hombre”, que siente terror “ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido”³ y, agrega el autor que formula la cita, que es “por eso una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad...”. Al igual que afirma el autor de uno de los mejores estudios de la seguridad jurídica actuales, José Luis MEZQUITA DEL CACHO: “La seguridad es ciertamente un afán de cada hombre enraizado en su instinto de supervivencia, y planteado por tanto, sobre todo inicialmente como una necesidad en la que se apoya la propia organización social; por lo que siendo el Derecho el instrumento de ésta, resulta lógica señalarla entre los fines del mismo. Pero se trata de un fin que, al menos en una cierta medida, se realiza intrínsecamente desde el propio establecimiento del Derecho y como secuela del Orden que el mismo comporta; por lo que asimismo es lógico que se califique de inmediato como efecto objetivo...”⁴. Es, pues, un bien jurídico que satisface una necesidad del ser humano. Entendiendo por *bien jurídico* el ente que tutelado, garantizado o protegido por el Derecho es necesario para la realización de la persona humana, como lo es la vida, el honor, la presunción de inocencia, etcétera. Sobre este punto asevera Elías DÍAZ que “la seguridad es el primer valor que el Derecho realiza (indefectiblemente) desde su establecimiento en su forma o manifestación más primaria, el primer valor jurídico en saltar del ámbito del deber - ser al del ser efectivo...”⁵. En clara síntesis se ha afirmado que “el mundo social se hizo posible por el maravilloso hecho de que los hombres puedan contar con lo que los demás puedan hacer...”⁶.

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

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

Más adelante trataremos sobre el problema que plantea la seguridad jurídica

2 Unas Lecciones de Metafísica. Obras Completas. ALIANZA EDITORIAL y REVISTA DE OCCIDENTE, Madrid, 1988, Tomo XII, pág.108

3 Cita de Antonio - Enrique PÉREZ LUÑO. La seguridad jurídica. ARIEL, Barcelona, 1994, pág. 24

4 Seguridad jurídica y sistema cautelar. BOSCH, Barcelona, 1989, pág. 48

5 Sociología y Filosofía del Derecho. TAURUS, Madrid, 1977, págs.40-42, cita de MEZQUITA DEL CACHO, Nota 29

6 W. Cesarini SFORZA. Cita del mis autor, Nota 29

como principio y como valor jurídico, aun cuando sea un tema que corresponde propiamente a la Filosofía del Derecho, más que a una Teoría General del Derecho que es en el cual nosotros pretendemos estudiarla. Mientras ésta es la Ciencia del Derecho, la primera es una estimativa del Derecho desde el punto de vista axiológico y, fundamentalmente, desde la atalaya de la Justicia como valor absoluto del Derecho.

II. ASPECTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

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

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

III. LA POSITIVIDAD DEL DERECHO COMO EXIGENCIA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Para la realización de la seguridad jurídica en su aspecto objetivo, esto es, estructural afirma, G. RADBRUCH⁹, Catedrático de la Universidad de Heidelberg, que se requiere básicamente que exista la **positividad** del Derecho y que ésta reúna al menos las siguientes condiciones:

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

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

1. Generalidad de las normas;

⁷ Ídem, pág. 29

⁸ Ídem, págs.29 y 30

⁹ Introducción a la Filosofía del Derecho. Cita de PÉREZ LUÑO, Ob. Cit., Nota 33

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

Sea cuales fuesen las exigencias de un Derecho positivo que cree seguridad jurídica, según G. RADBRUCH, para que ésta exista siempre deberá existir positividad del Derecho, pues, *“si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser derecho; y si el derecho debe cumplir la función de poner un término a la pugna de las concepciones jurídicas contrapuestas por medio de un fallo de poder autoritario, hay que otorgar el establecimiento del derecho a una voluntad que sea capaz de hacerlo cumplir en contra de toda concepción jurídica que se le oponga. Aquel que es capaz de hacer cumplir el derecho demuestra que está llamado a establecerlo...”*¹⁰. En igual sentido afirma Heinrich HENKEL, profesor de la Universidad de Hamburgo, que en cuanto a la seguridad jurídica referida al Derecho de normas establecido, *“... el acto de «positivación» del Derecho en las normas establecidas satisface ya una exigencia de la seguridad jurídica. Casi toda tarea jurídica de regulación... deja siempre en pie dudas e incertidumbres, e incluso, frecuentemente, varias posibilidades defendibles de solución. En estos y en otros casos es una urgente exigencia dirigida al Derecho la de ir más allá de las consideraciones jurídicas discrepantes y «establecer lo que sea Derecho». La «positividad», pues, crea la primera base de la seguridad jurídica...”*¹¹.

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

En efecto, la historia nos enseña de múltiples sistemas jurídicos positivos que han asegurado la inseguridad jurídica y hasta la iniquidad antes que proporcionar debida seguridad a los derechos fundamentales de las personas, basta recordar el ordenamiento jurídico nacional socialista en Alemania. Por ello la necesaria **legitimidad** de la Legalidad de la que antes hablamos. Al respecto afirma J.L. MEZ-QUITA DEL CACHO: *“En efecto, debe tenerse en cuenta que los Ordenamientos establecidos por un Estado de estructura antidemocrática, son «todas» las nociones clave del Derecho las que quedan distorsionadas, empezando sin duda por la Legalidad, y no porque se de preeminencia a la Seguridad sobre todo otro valor, sino porque la propia idea de Seguridad es deformada, haciéndola retroceder de su condición de «seguridad jurídica» (inherente al Derecho legítimamente establecido y actuado) a la de «seguridad protojurídica», resultante de un Derecho impuesto, que tampoco*

¹⁰ Filosofía del Derecho. 4ta. Edición. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1959, pág. 109

¹¹ Introducción a la Filosofía del Derecho. TAURUS, Madrid, 1964

¹² Ob. Cit. Pág. 31

cabe en consecuencia calificar de «Legalidad», sino de Legalismo suplantador. «Leyes que no son Derecho», como han sido acertadamente calificadas en alguna ocasión. Al fin y al cabo, en las dictaduras también es característicamente proclamada por todas las instancias oficiales y en todas las «Normas Fundamentales», una ambigua y mesiánica concepción de la «Justicia» que suplanta la espontáneamente intuita en las sociedades en que aquellas regímenes sobrevienen; y no por ello sufre la Justicia como idea desvalorización alguna, una vez que la normalidad y la racionalidad son establecidas”¹³.

IV. REQUISITOS DE LA LEY EN UNA CORRECTA POSITIVACIÓN DEL DERECHO, A EFECTOS DE UNA SEGURIDAD JURÍDICA ESTRUCTURAL

En el campo normativo la interpretación de los requisitos que debe reunir la Ley para una correcta estructuración de la seguridad jurídica surge en la etapa del Iluminismo jurídico con la expresión de Anselm VON FEUERBACH, *nullum crimen nulla poena sine lege* (Art.24, No.1 C. Pol.). Sus alcances no se agotan en el Derecho Penal, pues, la interpretación del término *lege* alcanza a toda la normativa del ordenamiento jurídico, sea cual fuese su ubicación entre las fuentes del Derecho, es decir, no sólo se limita a la “Ley” formalmente concebida y exige, tal normativa, los siguientes requisitos:

1. *Lege promulgata*, se refiere a la necesidad de las leyes escritas y a su publicación para el conocimiento de todos, pues, no existe mayor inseguridad que vivir en el desconocimiento de las consecuencias de los propios actos y las de las acciones de los demás. Ello, históricamente, equivale a vivir como los plebeyos de la Roma anterior a las XII Tablas, que desconocían el Derecho imperante el que, privilegiadamente, sólo era conocido por el sector de las clases altas de la sociedad romana.
2. *Lege manifesta*, la exigencia de la claridad de las leyes, a evitar su obscuridad, su doble sentido. La claridad requiere de una tipificación unívoca de los supuestos de hechos y una limitación en las consecuencias previstas, pues, de esta forma se evita la discrecionalidad de los órganos encargados de su aplicación.
3. *Lege plena*, implica la ausencia de lagunas normativas en el sistema jurídico. Siempre debe haber una repuesta normativa a cualquier situación de hecho que se produzca. Por ello, los sistemas jurídicos construyen su sistema de fuentes, prevén la integración, la interpretación extensiva, la analogía y la aplicación de los principios generales del Derecho y, esta forma, evitan las llamadas *lagunas normativas* constitutivas de inseguridad jurídica.
4. *Lege stricta*, se refiere al principio de Reserva de Ley, por el cual sólo

13 J.L. MEZQUITA, Ob. Cit. Págs.76/77

la norma general y abstracta, formalmente expedida por los Parlamentos, puede regular ciertas materias relativas a la libertad de las personas como sus derechos y garantías, su responsabilidad penal y lo referido al derecho de propiedad, incluido el sistema tributario. Se confía a ese campo de acción de la Ley estas materias por la jerarquía de esta fuente normativas porque así se evita que normas de rango inferior, como los reglamentos o las ordenanzas, menos los actos administrativos, puedan reformar o derogar, derechos fundamentales de las personas. Nuestra Constitución es, este punto, clara al respecto y prescribe:

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

1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución.

2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo.

4. Atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo.

5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a parroquias.

6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias propias de su competencia, sin que estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

7. Reformar o derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

8. Los casos en que la Constitución determine.

Este es el campo reservado a la actuación de la Ley y, por tanto, es inconstitucional que cualquier norma jurídica de otro rango, inferior a la Ley, pretenda reformar o derogar cualesquiera de las materias señaladas.

5. *Lege previa*, lo cual implica que siempre debe poder predecirse las consecuencias de un acto porque se conoce las consecuencias con antelación, esto es, se trata de posibilitar “*la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos*”. Por ello, contradice esta exigencia la retroactividad de las leyes, afirmando PÉREZ LUÑO, que “*esta*

garantía se traduce en la exigencia de **irretroactividad** de las normas, en cuya virtud no se puede extender la aplicación de las leyes a conductas previas a su promulgación que, por tanto, fueron realizadas antes de que pudiera conocerse su contenido”¹⁴.

6. *Lege perpetua*, referida a la necesaria estabilidad del Derecho que es fundamental para generar certeza en su contenido. Por otra parte, se constituye en la base para la existencia de dos instituciones necesarias para la seguridad jurídica de las personas: **la cosa juzgada**, que tiene la cualidad de atribuir inamovilidad a las decisiones judiciales no susceptibles de recurso procesal alguno y los **derechos adquiridos** que protege las situaciones jurídicas nacidas de acuerdo con la legalidad vigente al momento de su configuración, frente a cambios en la legislación que pudieran afectarlos *ex post facto*, es decir, de forma retroactiva.

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

V. LA CORRECCIÓN FUNCIONAL DEL DERECHO COMO REQUISITO PARA LA VIGENCIA ESTRUCTURAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

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

“La vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, constituye la clave de bóveda del Estado de Derecho...”¹⁵. Por lo pronto, la garantía de la acción de amparo (Art.95 C. Pol.) y las acciones de inconstitucionalidad de normas de efectos generales y de normas administrativas de efectos particulares (Art.276, Nos. 1 y 2 c. Pol.), además de la facultad de inaplicación normativa que tienen los jueces (Art.274 C. Pol.), son garantías para ese correcto funcionamiento. De este modo queda prevenida la **arbitrariedad** de cualquier autoridad pública y se precautela la transgresión impune del Derecho por parte de cualquier particular con la presunción *iuris et de iure* del conocimiento del Derecho por todos los ciudadanos, dado que su desconocimiento o **ignorancia** no excusa a persona alguna (Art.13 CC). “El carácter inviolable del Derecho, su respeto y aceptación lo mismo por quienes lo crean y aplican que por el resto de ciudadanos es condición indispensable

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 34

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Ob. Cit. Pág. 35

para una convivencia ordenada y libre...¹⁶.

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

Haciendo un esfuerzo de compilación diversos autores¹⁷ españoles afirman que el "el derecho a la seguridad jurídica en sentido amplio, compendia y resume todos los derechos del individuo" y descomponen la corrección funcional de la seguridad jurídica afirmando que ésta debe concretarse en estos puntos:

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

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

¹⁶ Ídem

¹⁷ J. DE ESTEBAN (S. VARELA DÍAZ, F.J. GARCÍA FERNÁNDEZ, L.LÓPEZ GUERRA Y J.L. GARCÍA RUIZ) Desarrollo político y Constitución española. ARIEL, Barcelona, 1973, págs. 34/35. Cita de MEZQUITA DEL CACHO, Nota 44, pág.72

¹⁸ Ob. Cit. Pág.78

VI. NECESIDAD DE UN SISTEMA DE NORMAS (PRIMARIAS Y SECUNDARIAS) QUE TENGA EFECTOS CERCIORANTES DE LA LEGALIDAD LEGÍTIMA¹⁹

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

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

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

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

¹⁹ Ver Ob. Cit. J.L. MEZQUITA DEL CACHO, págs. 87/92

- A la existencia de las costumbres, a través de las reglas legales o jurisprudenciales acerca de su admisión, extensión y prueba.

VII. LA NECESIDAD DEL IMPERIO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SOBRE LA ADMINISTRACIÓN

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

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

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

A lo dicho hay que agregar el cumplimiento, por parte, del Poder judicial de las garantías del debido proceso que prevé el Art. 24 de la Constitución ecuatoriana

y así tendremos una corrección estructural y funcional de la seguridad jurídica en nuestra sociedad, que infunda certeza en los ciudadanos, ya en forma individual de vivir con pleno aseguramiento de los derechos fundamentales.

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

VIII. LA SEGURIDAD JURÍDICA, ¿PRINCIPIO O VALOR JURÍDICO?

La diferencia entre *valor* y *principio* estaría dada porque el primero está por sobre la normativa y, por ello, incluso en una dimensión diferente a los Principios Generales del Derecho; mientras que el segundo tiene clara función normativa, pues, es un Principio General, “*si bien su cometido, en atención a su tipo informador del Ordenamiento jurídico, en el que es capaz de suplir —y precisamente debido a su gran generalidad— la insuficiencia de que adolecen otras normas que, pese a revestir el carácter general esencial a toda norma legal, preconfiguran, dentro de ciertos límites, situaciones y circunstancias jurídicas determinables, por lo que pueden pecar de cortedad...*”²⁰. Por tanto, desde este punto de vista la seguridad jurídica es un Principio y no un valor que carece de una virtualidad normativa. Por el contrario, como Principio la seguridad jurídica es fuente del Derecho y suple cualquier laguna normativa concreta.

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

Lo que sí es necesario considerar es que la Justicia es el valor final del Derecho, mientras que la seguridad jurídica es valor instrumental con respecto a aquélla. Se la consolida, se la estructura y se la garantiza funcionalmente para llegar a la Justicia. Es un valor fundante la seguridad jurídica, mientras que la Justicia es un valor fundado o valor superior.

Pero lo trascendente es que cualquiera que fuere el rango del valor seguridad jurídica es el más inmediato al Derecho o, como bien afirma MEZQUITA, *el primero en el orden lógico - temporal, el más directamente motivador de todo sistema jurídico*. Reflexión que hace recordar a RECASENS SICHES cuando afirma que “*el Derecho no ha nacido en la vida humana por el deseo de rendir homenaje y culto a la idea de Justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad y certeza en la vida social. A la pregunta de por qué y para qué hacen los hombres Derecho, no nos vendrá respuesta de la quintaesencia de la idea de Justicia, ni de su séquito de egregios valores complementarios, sino de un valor subordinado: el de seguridad, correspondiente a una necesidad humana...*”²¹.

²⁰ MEZQUITA, Ob. Cit. Pág.219

²¹ Cita de MEZQUITA DEL CACHO, Ob. Cit. Pág.222

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

RESUMENES

1. Del derecho de pernada al Internet: La desmaterialización del Derecho

Fernando de Trazegnies Granda

El proceso de desmaterialización del Derecho se ha venido produciendo desde tiempos antiguos, cobró una gran importancia con la modernidad y se ha vuelto decisivo en las últimas décadas debido al constante desarrollo tecnológico. Este proceso se evidencia en las nuevas formas que han adoptado los conceptos jurídicos fundamentales como la connotación de persona jurídica, el concepto de propiedad sobre cosas intangibles y la agilidad que presentan las nuevas formas de contratación. Lo virtual ha adquirido un papel importante en la sociedad y no ha pasado desapercibido por el Derecho ni debe hacerlo por los abogados.

The dematerialization process of the Law has been taking place since ancient times, gained a great importance with modernity and has become critical in recent decades due to the continuous technological development. This process can be evidenced in the new formulas that have adopted the fundamental legal concepts like the connotation of legal entity, the concept of ownership over intangible things and the agility presented by new forms of contracting. The idea of the virtual has acquired an important role in society and has not gone unnoticed by the Law nor should it be, by lawyers.

2. Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno

Ricardo Reveco Urzúa

El Derecho Civil regula en forma poco sistemática los conflictos de intereses. A pesar de ello, es posible encontrar principios generales sobre su regulación en el Código Civil chileno. Primero, mediante la prohibición de la autocontratación. Segundo, mediante la existencia de algunas obligaciones jurídicas en aquellos contratos de confianza que envuelven la representación de terceros y la administración de negocios ajenos. Entre estas obligaciones, se encuentra el deber de lealtad que se incorpora a la relación jurídica en virtud del principio de la buena fe contractual.

Civil law regulates inconsistently conflicts of interest. However, it is possible to find general principles of their regulation in the Chilean Civil Code. First, the prohibition of self-dealing. Second, the existence of certain legal obligations on those contracts involving trust, such as third party representation and management of third party funds. Among these obligations is the duty of loyalty that is incorporated into the legal relationship under the principle of good faith.

3. Las dimensiones éticas de lo público

Fabián Corral Burbano de Lara

El drama que vive América Latina y Ecuador radica en la eterna búsqueda de identidad política, confusión pública y en el constante cambio de las instituciones. El ordenamiento legal debe plantarse en la cultura y el sistema legal debe considerar, articular y defender los valores predominantes y respetar las nociones morales de la comunidad. El Derecho, como ley y derechos individuales, no se agota en la mera legalidad, tiene una estrecha relación con la ética y con la cultura.

The drama that Latin America and Ecuador are facing lies in the eternal search for a political identity, public confusion and constant change in institutions. A legal system must stand on culture and should consider, articulate and defend prevailing values, respecting the moral notions of the community. Law and individual rights are not limited to mere legality; on the contrary, they are closely related to ethics and culture.

4. Foucault y la nueva filosofía del poder

Jorge Luis Gómez

Las semejanzas que existen entre la genealogía nietzscheana y la teoría del poder de Foucault son significativas. Estas similitudes se aprecian en sus obras correspondientes, la Genealogía de la moral de Nietzsche y Vigilar y castigar de Michael Foucault.

The similarities between the Nietzschean genealogy and Foucault's theory of power are significant. These similarities can be appreciated in their respective works, the Genealogy of Morals by Nietzsche and Discipline and Punish by Michael Foucault.

5. Sobre libertad, liberales y libertarios: distinciones entre el liberalismo clásico y el libertarianismo contemporáneo

Sebastián Albuja

Para los defensores del libertarianismo, esta es la verdadera escuela que entiende e interpreta de manera precisa lo que el liberalismo clásico supone en nuestros días. A partir de un análisis efectuado en base a los planteamientos de John Locke y John Stuart Mill, principales representantes del liberalismo clásico, se desprende que los postulados sobre los que descansa el libertarianismo son incorrectos.

For proponents of libertarianism, this is the real school that understands and interprets precisely what classical liberalism is today. From an analysis based on the ideas of John Locke and John Stuart Mill, leading representatives of classical liberalism, it follows that the principles on which libertarianism rests, are wrong.

6. Un trayecto de más de 170 años: la libertad de expresión en la constitución ecuatoriana

Marena Briones Velasteguí

Mediante una aproximación histórica que comienza con el inicio de la vida republicana en Ecuador, se efectúa un análisis de la libertad de expresión a través de las dieciocho constituciones políticas que han regido el Estado. Finalmente, se analiza el tratamiento que la actual Constitución Política permite construir en torno al derecho a la libre expresión y, al derecho a la comunicación.

Using a historical approach that starts with the beginning of the republic in Ecuador, freedom of expression will be analyzed through the eighteen Constitutions that have governed the State. Finally, we study the current treatment our Constitution has given to freedom of expression and the right to communication.

7. El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999

Allan R. Brewer-Carías

Es importante para Ecuador conocer la experiencia venezolana porque el proceso constituyente ecuatoriano tiene demasiadas similitudes con lo que ocurrió en Venezuela a comienzos de 1999. Una de las lecciones que ha dejado la experiencia venezolana es que si la Asamblea Nacional Constituyente no se configura como un instrumento inclusivo, de conciliación y consenso, se puede convertir en el instrumento para consolidar un gobierno autoritario.

It is important for Ecuador to know the Venezuelan experience because the Ecuadorian constituent process has too many similarities to what happened in Venezuela the beginning of 1999. One of the lessons learned from the Venezuelan experience is that if a National Constituent Assembly is not configured as an inclusive and conciliatory instrument, it can become an instrument to consolidate an authoritarian government.

8. El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional

Luis Fernando Macías Gómez

La creación de instituciones jurídicas de protección a la naturaleza y al medio ambiente y su incorporación a la Constitución ecuatoriana son objeto de análisis en cuanto a su validez y congruencia con el resto del articulado constitucional. Dichas instituciones deben ser revisadas diligentemente, apelando al significado e importancia que tiene la Naturaleza dentro de la cultura e idiosincrasia ecuatoriana.

The creation of legal institutions for the protection of nature and environment and their incorporation into the Ecuadorian Constitution will be analyzed regarding its validity and consistency with the rest of the constitutional provisions. These institutions should be reviewed diligently, appealing to the significance and importance of nature in the Ecuadorian culture and idiosyncrasy.

9. Nuevas instituciones del código de procedimiento penal: el papel del juez

Edmundo Durán Díaz

El nuevo Código de Procedimiento Penal contempla el sistema acusatorio de procedimiento, mismo que permite a los jueces penales alejarse de las etapas referentes a la indagación previa e investigación, para concentrarse en la etapa de juicio donde al juez penal se le atribuyen nuevas funciones.

The new Code of Criminal Procedure provides the adversarial system of procedure, which allows criminal judges to stay away from the stages concerning the preliminary inquiry and investigation, and be able to focus on the stage of criminal trial where the judge has been given new duties.

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

Farith Simon C.

La reforma introducida por el Código de la Niñez y Adolescencia en lo referente a la justicia especializada es total, modificando tres aspectos sustanciales: 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.

The reform introduced by the Code of Childhood and Adolescence regarding specialized justice is total, it modifies three substantial aspects: dependency, composition and jurisdiction. This is the most important institutional transformation referred to children and their care in the last 60 years as it reorganizes in whole public institutions responsible for protecting and guaranteeing their rights.

11. El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones

Álvaro Galindo

El consentimiento es un requisito necesario para acudir a la solución de controversias en materia de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversiones. El Convenio CIADI pretende que las diferencias en materia de inversión sean despolitizadas y se manejen en espacios neutrales sin injerencias externas. Por ello, una vez que ha sido otorgado el consentimiento para un arbitraje bajo el Convenio no se podrán utilizar mecanismos como el de la protección diplomática.

Consent is a necessary requirement to join dispute resolution on investment before the International Centre for Settlement of Investment Disputes. The ICSID Convention is aimed at depoliticizing the differences in investment and managing them in neutral spaces without external interference. Therefore, once consent to arbitration has been granted under the Convention, other mechanisms, such as diplomatic protection, cannot be used.

12. El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana

Juan Manuel Marchán

La Constitución de 2008 reconoce el arbitraje nacional y contiene disposiciones para su regulación, sin embargo, lo hace bajo una perspectiva distinta a la de su antecesora. Además, contempla normativa específica en relación con el arbitraje internacional y los tratados y convenios internacionales que no resulta beneficiosa para el desarrollo del arbitraje internacional en el Ecuador.

The Constitution of 2008 recognizes domestic arbitration and contains provisions for its regulation; however, it does so with a different perspective from that of its predecessor. Also, it includes specific rules concerning international arbitration and international treaties and agreements; unfortunately, these new provisions are not advantageous for the development of international arbitration in Ecuador.

13. Teoría de la seguridad jurídica

Jorge Zavala Egas

La nueva Constitución Política vincula la seguridad jurídica de los habitantes del Ecuador con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con su efectiva e inmediata vigencia, con la reserva de Ley para su tratamiento, con la imposición de la interpretación *pro libertatis*. La seguridad jurídica tiene como presupuesto, fundamento, contenido y finalidad los derechos fundamentales de las personas.

The new Constitution links legal certainty of the inhabitants of Ecuador to human rights and fundamental freedoms, with its effective and immediate enforcement, with the imposition of *pro libertatis* interpretation. Legal certainty is the substance, content and purpose of people's fundamental rights.

POLÍTICA EDITORIAL DE IURIS DICTIO

Iuris Dictio, la revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, aplica las siguientes políticas editoriales:

Se privilegia la pluralidad del pensamiento jurídico, pero se exige los más altos estándares de investigación y de rigor académico.

A discreción del editor, la revista puede publicar artículos ya publicados en otras fuentes.

Los artículos deberán tener entre 20 y 25 páginas, escritas a espacio y medio, en doce puntos de fuente.

Las citas deberán ser incluidas al final del texto, no al pie.

Los autores deberán proponer temas de novedad o desafío jurídico, y de preferencia no análisis de normas jurídicas.