R E V I S T A
J U R Í D I C A

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

2010/28

Director
Dr. Carlos Salmon Alvear

Secretaria
Ab. Mariela San Jiménez

Revista # 28
Carrera de Derecho
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
www.ucsg.edu.ec.

Colaboración: Revista Jurídica
Apartado Postal 090111526
0904671
Guayaquil – Ecuador

La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas
expuestos en esta publicación,
es exclusiva de los respectivos autores.

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

MIEMBROS DE CONSEJO DIRECTIVO

Dr. Iván Castro Patiño
Decano

Ab. José Miguel García Baquerizo
Director Carrera

Lcda. Sandra Mendoza
Directora de Carrera de Trabajo Social

Dr. Carlos Zúñiga Romero
Profesor Representante Principal ante Consejo Directivo

Ec. Mercedes Arellano de Duque
Profesora Representante Suplente ante Consejo Directivo

Ab. Ma. Mercedes Ceprián Haz
Coordinadora Administrativa

Ab. Taryn Almeida Delgado
Coordinadora Académica

Sr. Rodolfo Baquerizo
Presidente Asociación de Estudiantes de Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

CONSEJO EDITORIAL

- DR. IVÁN CASTRO PATIÑO — PRESIDENTE
- DR. JOSÉ OSWALDO CASAS — ARGENTINO
- DR. RICARDO ARTEQUERA PARILLI — VENEZOLANO
- DR. PEDRO CARRASCO PARRILLA — ESPAÑOL
- DR. JAIME RODRÍGUEZ ARANA — ESPAÑOL
- DR. GUSTAVO ORTEGA TRUJILLO — ECUATORIANO
- AB. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO — ECUATORIANO
- DR. CÉSAR CORONEL JONES — ECUATORIANO
- DR. CARLOS SALMON ALVEAR — ECUATORIANO
- DR. MIGUEL HERNÁNDEZ — ECUATORIANO
- DR. JAVIER ZAVALA EGAS — ECUATORIANO
- DR. ROBERTO GÓMEZ-LINCE ORDEÑANA — ECUATORIANO
- DRA. MARÍA PAULA DELGADO — ECUATORIANA

MENSAJE DEL DECANO

Compartimos esta nueva publicación de la Revista Jurídica, la No. 28, como foro abierto a la discusión interdisciplinaria sobre aspectos fundamentales del Derecho.

Esta nueva publicación presenta aportaciones a la investigación, docencia y ejercicio profesional de diferentes áreas del Derecho, en la cual hemos insertado en cada artículo, un resumen tanto en inglés como en español, para el interés y expansión de nuestro portal.

En esta ocasión les ofrecemos trabajos sobre: Derecho Administrativo, Derecho Arbitral, Derecho Civil, Derecho de Daños, Derecho de Telecomunicaciones, Derecho Electoral, Derecho Penal, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Romano y Derecho Tributario Sancionador, los mismos que son analizados por profesores tanto nacionales como extranjeros con la debida profundidad y análisis crítico.

Lo expuesto se consolida en las publicaciones consultadas diariamente en nuestra exitosa página web, www.revistajuridicaonline.com, que con orgullo registramos al día de hoy con más de catorce millones de visitas provenientes de casi todo el mundo.

Finalmente, agradezco una vez más la acertada Dirección del Dr. Carlos Salmon Alvear, a quien se le ha encargado la Dirección en esta publicación de la Revista Jurídica y quien con su crítica visión ha logrado un éxito más para nuestra facultad.

Dr. Iván Castro Patiño
Decano Facultad Jurisprudencia

NOTA DEL DIRECTOR

Asumimos nuevamente, pero con el carácter temporal, la Dirección de nuestra querida y antigua Revista Jurídica, la madre, la predecesora de todas las revistas que nuestra Facultad de Jurisprudencia edita.

Ante el retiro voluntario de la Dirección de la revista por parte del recordado profesor y prestigioso tributarista Doctor Armando Serrano y ante la petición de nuestro Decano, Doctor Iván Castro Patiño, asumimos el reto de que, en muy poco tiempo, se edite una nueva edición de esta revista. Y es que, las exigencias de los organismos internacionales que indexan y acreditan las publicaciones académicas como es la Revista Jurídica, exigen que este tipo de obras aparezcan de acuerdo a su ofrecimiento editorial, en este caso, cada semestre, esto es, siempre dos veces al año. Por lo tanto, nuestro esfuerzo ha sido doble, pues no solo debemos obtener artículos de calidad académica, sino hacerlo rápidamente.

Dentro de ese afán, ponemos a consideración de la comunidad universitaria y científica esta nueva edición de la Revista Jurídica, esto es, la número 28, la cual presenta interesantes temas relacionados con el Derecho Público y el Derecho Privado y escritos por profesores nacionales y extranjeros.

Formalmente, además de cumplir con las solemnidades exigidas por los organismos de indexación, en esta edición cada artículo presenta el resumen y palabras claves tanto en español como en inglés, situación que, vinculada con su publicación electrónica en la página web www.revistajuridicaonline.com, nos permite tener una mayor penetración y acceso en el mundo jurídico de habla inglesa.

Continuaremos con la dirección de la revista hasta que nuestro criterio de responsabilidad nos lo autorice, puesto que consideramos que para este tipo de publicaciones y esfuerzos intelectuales se necesita brindar no solo el corazón y la mente, sino mucho tiempo, paciencia y perseverancia.

Agradecemos, una vez, más al Decano de la Facultad de Jurisprudencia, nuestro amigo, el Doctor Iván Castro Patiño, por la confianza brindada.

Agradecemos y resaltamos, por último, la invalorable y siempre y eficaz ayuda de la Abogada Mariela San Jiménez en la gestión de la presente edición.

Con el cariño sincero de siempre me despido,

Carlos Salmon Alvear

Noviembre del 2010.

ÍNDICE GENERAL

Mensaje del DECANO 11

Nota de la Dirección 13

1.- DERECHO ADMINISTRATIVO

Facultad Discrecional.
Lourdes ALVARADO 21

2.- DERECHO ARBITRAL

Comparecencia de terceros en un proceso arbitral.
Ana María LARREA. 35

3.- DERECHO CIVIL

Los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley rumana para contraer matrimonio.
Gabriela Cristina FRENTIU
Bogdan Dumitru MOLOMAN. 51

4.- DERECHO DE DAÑOS

Apuntes sobre la responsabilidad civil del abogado en el Derecho Uruguayo. Perspectiva Dogmática y Jurisprudencial.
Fernando BARRIOS MIGLIARINI 81

5.- DERECHO DE TELECOMUNICACIONES

Aspectos positivos y negativos del proceso de liberalización de las telecomunicaciones. Análisis comparado –Estados Unidos, Europa y Latinoamérica– Situación de Ecuador.
Mariuxi MUÑOZ RAMOS 149

6.- DERECHO ELECTORAL

Análisis de la normativa vigente para las elecciones 2009 dentro del régimen de transición de la Constitución de la República del año 2008 desde la perspectiva de las teorías de la democracia deliberativa.
Reynaldo HUERTA ORTEGA
Rosa Elena JIMÉNEZ VANEGAS
Luis SÁNCHEZ BAQUERIZO 169

7.- DERECHO PENAL

Ensayo crítico de la gestión dogmática del bien jurídico tutelado en los delitos informáticos.
Carlos PAJUELO BELTRÁN 325

La imputación a la víctima con relación a los delitos relativos a la manipulación genética en España.
Catalina PEÑA GUILLÉN 337

8.- DERECHO PROCESAL CIVIL

Acesso a justiça a mediação no projeto do novo Código de Processo Civil braileiro.
Astried BRETTAS GRUNWALD
Robson RAMOS PARANHOS 379

Tutelas de urgência, instrumentalização do proceso e acesso à justiça.
Astried BRETTAS GRUNWALD
Robson RAMOS PARANHOS 397

9.- DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Juez de Garantías Jurisdiccionales.
Manuel REAL 409

10.- DERECHO ROMANO

Efectos jurídicos de la comunicación empresa-cliente en el Derecho Romano clásico.
Guillermo SUÁREZ BLÁZQUEZ 415

El peculio, ente jurídico autónomo matriz de la responsabilidad patrimonial del empresario-dueño y los acreedores sobre la "Merx Peculiaris".
Guillermo SUÁREZ BLÁZQUEZ 429

11.- DERECHO TRIBUTARIO SANCIONADOR

La presunción de inocencia como derecho fundamental en el derecho sancionador tributario. Un análisis comparado de la legislación Española y la Paraguaya.
Rodney MACIEL GUERREÑO 441

Instrucciones para la presentación de artículos 485

Derecho Administrativo

FACULTAD DISCRECIONAL

Lourdes Alvarado A.*

RESUMEN:

La facultad discrecional en el derecho público ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo, inicialmente fue concebida por el contencioso administrativo francés como una actividad de la administración que no estaba sujeta al control judicial. En nuestros días se considera que en los actos de la administración concurren elementos reglados y discrecionales como señala el profesor García de Enterría la discrecionalidad es la libertad de elegir entre alternativas igualmente justas, decisiones administrativas sujetas al control judicial y de constitucionalidad, corriente que actualmente es la que predomina; no obstante deberíamos fortalecer y darle prioridad al principio de razonabilidad en la búsqueda de las soluciones y no limitarnos únicamente evitar la arbitrariedad que se puede realizar aun haciendo uso de la norma jurídica.

ABSTRACT:

The discretionary power in public law has undergone variations over time, was initially conceived by the contentious administrative French as an activity of the Administration was not subject to judicial control. Nowadays is considered that the acts of management concur items regulated and discretionary as says the Professor García de Enterría, discretion is the freedom to choose between alternatives equally fair, subject to judicial control administrative decisions and constitutionality, stream that is currently the dominant; however we should strengthen and give priority to the principle of reasonableness in the search for solutions and not confine ourselves only to avoid arbitrariness that be even making use of the rule of law.

* Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, graduada en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. E-mail: alvarado.lourdes@hotmail.com

PALABRAS CLAVES:

Facultad discrecional.- Procedimiento de contratación.- Comisión técnica.-Principio de razonabilidad.

KEYWORDS:

Discretionary power – Recruitment matter – Reasonableness principle – Technique Committee procedure

SUMARIO:

I.- Consideraciones generales. II.- Facultad discrecional en nuestro ordenamiento jurídico. III.- Potestad discrecional de la comisión técnica dentro de un procedimiento de contratación de consultoría. IV.- Conclusión.-

I. Consideraciones Generales.-

La facultad discrecional en el derecho público ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo, inicialmente fue concebida por el contencioso administrativo francés como una actividad de la administración que no estaba sujeta al control judicial; limitándolo a éste, a la revisión de la legalidad sobre la forma, competencia y fin del acto administrativo. Posteriormente en Alemania se desarrolló la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, basada en que al aceptarse que existe "una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada."[1] ; es decir que, lo que se busca es subsumir en un presupuesto legal determinadas circunstancias reales, proceso en el que no interviene la voluntad de quien lo aplica, característica esencial de la potestad discrecional. En nuestros días se considera que en los actos de la administración concurren elementos reglados y discrecionales. "A lo sumo existe, como puntualizó HAURIOU, un cierto poder discrecional

[1] Cassagne, Juan Carlos. "La Discrecionalidad Administrativa". Pág. 9

de la Administración que, en mayor o menor medida, se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas, o mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados y parcialmente discrecionales."[2] Incluso los jueces al dictar sentencias ejercen facultades discrecionales; tal como lo señala Juan Carlos Cassagne "… ya no se sostiene la tesis según la cual la función de administrar consiste en la aplicación automática de la ley, ni que el juez sea un órgano cuya actividad se reduce a ser algo así como la boca que pronuncia las palabras de la ley que aplica" [3]

El profesor García de Enterría señala que la discrecionalidad es "… esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración."[4]

II. Facultad discrecional en nuestro ordenamiento jurídico.-

Respecto al control judicial de la facultad discrecional podemos decir que en el Ecuador todos los actos administrativos (incluidos lo discrecionales) están sujetos al control judicial, de legalidad y de constitucionalidad.

En el R.O. 686 del 18 de octubre de 2002 se promulgó el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública entre una de las motivaciones para su expedición encontramos "Que la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que, puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a

---

[2] Cassagne, Juan carlos. "La Discrecionalidad Administrativa". Pág. 11

[3] Cassagne, Juan carlos. "La Discrecionalidad Administrativa". Pág. 5

[4] Citado por Palacios Ibarra, Juan Francisco "El control de la discrecionalidad administrativa". Revista Jurídica de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=53

la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, aparte de racional como razonable;"[5] . El referido reglamento para el control de la discrecionalidad, limita su ámbito de aplicación a la administración pública central e instituciones de la función ejecutiva. Destaca la importancia de la motivación de los actos administrativos como un mecanismo de control de la actividad; porque sólo conociendo las razones que justifiquen el acto, la persona que se sienta perjudicada podrá interponer los alegatos y pruebas necesarios, de lo contrario se podría incurrir en arbitrariedad e indefensión. Señala también el reglamento, que para la adjudicación de un contrato es necesaria la valoración integra del contenido de la oferta y del expediente administrativo; y, que se exteriorice justificadamente la decisión.

La actual Constitución también garantiza el sometimiento de los actos del órgano público al ordenamiento jurídico; es decir, han de verificarse no sólo dentro de la norma legal sino dentro del bloque de la legalidad, integrado por leyes, normativas, reglamentos y principios que orientan el ordenamiento jurídico (artículos 226, 173 y 429); así también al reconocer al Ecuador como estado constitucional, debemos comprender que existe una conformidad con el principio de juridicidad (Art. 424), preceptos que transcribo a continuación para una mejor comprensión.

> Art. 226: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."
>
> Art. 173: "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."

[5] Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública, R.O. 686 del 18 de octubre de 2002.

> Art. 429: "La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en la materia… "
>
> 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..."

Es decir que el ejercicio de la potestad discrecional del órgano administrativo se encuentra siempre sometida a su coincidencia con garantías, derechos y principios constitucionales.

III. Potestad discrecional de la comisión técnica dentro de un procedimiento de contratación de consultoría.-

Ahora bien sabiendo que los actos discrecionales de la administración pública son una concurrencia de elementos reglados y discrecionales y que se encuentran sujetos al control judicial, tratemos que analizar la potestad discrecional de la comisión técnica dentro de un procedimiento de contratación de consultoría.

Llama la atención encontrar entre los antecedentes que motivaron la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo señalado en el segundo párrafo: "Que, la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicios de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado." ¿Significa esto que la ley busca eliminar la facultad discrecional de los órganos administrativos que intervienen en los procesos de contratación pública? Lo que además se opondría con diversos preceptos incorporados en la misma ley, su reglamento y resoluciones del INCOP que de manera especial regulan la contratación pública en el Ecuador; seguramente no era esa la intensión, considero que lo que la ley busca es reglar en parte, la potestad discrecional de los órganos públicos o privados que manejen recursos públicos, para que motivadamente puedan emitir actos administrativos emanados del ejercicio de su competencia y discrecionalidad, teniendo siempre presente el principio de legalidad y el interés público.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresamente deroga la Ley de Consultoría y la incorpora a la nueva ley; que en el Art. 6 en donde constan varias definiciones, en el numeral 8 define a la Consultoría como:

> "… la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación."

El artículo 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los artículos 18 y 40 del Reglamento a la LOSNCP otorga y regulan respectivamente, la potestad discrecional de la Comisión Técnica dentro de un procedimiento público de consultoría, normas que copio a continuación.

> Art. 42 Comisión Técnica.- "Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.
>
> Corresponde a la máxima autoridad de cada dependencia o entidad que convoque al concurso de consultoría, aprobar en armonía con esta Ley y su Reglamento general, los Pliegos, Términos de Referencia, presupuesto referencial y demás documentos del concurso. Son atribuciones de la Comisión Técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.

En determinados casos, debido a la complejidad y magnitud de los trabajos de consultoría requeridos, la máxima autoridad de la Institución podrá convocar a procesos de precalificación de consultoría o presentación de manifestaciones de interés. El Reglamento a la presente Ley establecerá las normas para viabilizar estos procesos."

Art. 18.- Comisión Técnica.- "Para cada proceso de contratación de: 1. Consultoría por lista corta o por concurso público; 2. Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado; 3. Licitación; y, 4. Cotización, se conformará la correspondiente Comisión Técnica integrada de la siguiente manera:

1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;
2. El titular del área requirente o su delegado; y,
3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

Los miembros de la Comisión Técnica serán funcionarios o servidores de la entidad contratante.

Si la entidad no cuenta en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, podrá contratar uno para que integre de manera puntual y específica la respectiva Comisión Técnica; sin perjuicio de que, de ser el caso, pueda contar también con la participación de asesoría externa especializada.

En la Comisión Técnica de Licitación intervendrá con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico, o quienes hagan sus veces, o sus respectivos delegados.

La Comisión Técnica designará al secretario de la misma de fuera de su seno.

La Comisión Técnica se reunirá con la presencia de al menos dos de sus miembros, uno de los cuales será obligatoriamente el Presidente, quien tendrá voto dirimente. Adoptará decisiones válidas por mayoría simple.

Los miembros de la Comisión Técnica no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; de haberlos, será causa de excusa.

> Los informes de la Comisión Técnica que serán dirigidos a la máxima autoridad o su delegado incluirán el análisis correspondiente del proceso y la recomendación expresa de adjudicación o declaratoria del proceso.
> En los procesos de subasta inversa cuyo presupuesto referencial sea igual o inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, no se requiera la conformación de la Comisión Técnica referida en este artículo."

> Art. 40.- Negociación.- "Con los resultados finales de la evaluación, la Comisión Técnica negociará con el oferente calificado en primer lugar los aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica en comparación con lo requerido en los pliegos. De llegarse a un acuerdo, se procederá a la suscripción del acta de negociación en la que constarán los términos convenidos, la misma que deberá ser publicada en el portal.
> Si en un término máximo de dos días no se llegare a un acuerdo en la negociación ésta se dará por terminada y se iniciará una nueva negociación con el oferente calificado en el siguiente lugar y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo final de negociación o, en su defecto declarar desierto el procedimiento, según corresponda.
> Suscrita el acta de negociación, la máxima autoridad o su delegado, procederán a la adjudicación al oferente con el cual se haya llegado a un acuerdo final de negociación en los aspectos técnicos, económicos y contractuales."

La Comisión Técnica tiene competencia para negociar con el oferente calificado (entiéndase la mejor oferta) aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica; es decir, esta negociación tal como lo afirma el profesor Enterría se fundamenta en criterios extrajurídicos; por lo que podemos aseverar que dentro del marco legal el órgano público, ostenta un margen de discrecionalidad que le permite decidir entre dos o más alternativas comparables y justas, eso si, precautelando siempre el interés público o bien común a fin de llegar a un acuerdo y suscribir el acta de negociación; para que posteriormente la máxima autoridad de la entidad contratante adjudique y suscriba el respectivo contrato.

El legislador quiso regular aun más la potestad discrecional de la comisión técnica pues la ley también señala que éste órgano deberá actuar de conformidad con lo establecido en los pliegos del concurso; no obstante, para poder revisar aspectos técnico, económicos y contractuales que se plantearán durante un proceso de negociación el órgano técnico, deberá tener la suficiente libertad para poder conocer, evaluar y elegir entre diferentes alternativas o métodos para la realización de un mismo estudio o diseño; por ejemplo, en el caso del diseño de una plaza pública a más de los elementos técnicos en la oferta pueden ir incorporados componentes artístico (arquitectónicos y paisajísticos, etc. que le den valor agregado a la oferta); los integrantes de la comisión deberán optar entre varias posibilidades de diseños, solicitados o planteados por el mismo oferente durante la etapa de negociación; es ahí cuando deberán ejercer sus facultades discrecionales, sabiendo que sus decisiones están sujetas al control judicial, exámenes especiales de la Contraloría General del Estado, fiscalizaciones internas, etc. a fin de evitar arbitrariedades y abusos a los que pudieran llegar los funcionarios investidos de poder; por eso sus resoluciones deberán estar bien motivadas y con apego al ordenamiento jurídico.

El acta de negociación es un acto administrativo, que crea, altera, extingue o modifica derechos individuales; y debe ser publicitada, en el portal de compras públicas; por lo que cualquier oferente que considere vulnerados sus derechos podrá plantear las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crea asistido Art. 102 LOSNCP; es decir, que se trata de un acto sujeto al control interno (sede administrativa) y control externo (sede judicial) Art. 173 Constitución. Serán los órganos de control a los que les corresponda determinar si en el acto administrativo hubo desviación de poder; si persigue un fin distinto de la política pública, si se cumple con el criterio de calidad y costo, si obedece a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, publicidad, etc. que rigen la contratación pública (Art. 4 LOSNCP); en general si se enmarca en el ordenamiento jurídico vigente.

Por lo que podemos resumir que la potestad discrecional de la comisión técnica se fundamenta:

1. Nace de la Ley. El artículo 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública otorga potestad discrecional a la Comisión Técnica.

2. Que, entre varias soluciones justas la comisión técnica realiza una estimación subjetiva; puesto que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento otorgan competencia y regulan la potestad discrecional de la comisión técnica dentro de un procedimiento público de consultoría; pero el legislador no señala agotadoramente todos los elementos para la toma de resoluciones de esta Comisión, por el contrario el funcionario tiene libertad para evaluar y seleccionar.

3. Que, la potestad discrecional de la comisión técnica se fundamenta en criterios extra-jurídicos. La Comisión Técnica evalúa aspectos técnicos y contractuales y ajustes de la oferta técnica y económica.

4. Que, el acta de negociación de la comisión técnica es un acto administrativo sujeto a control administrativo y judicial.

Conclusión.-

Finalmente acogiendo las palabras de Agustín Gordillo es posible que en un futuro la distinción entre facultades regladas y discrecionales pierda importancia en la medida que se le de prioridad al principio de razonabilidad, sostiene el mencionado autor que " el mundo del derecho se encuentra ya maduro para avanzar un poco más en el control de la arbitrariedad administrativa, no ya de la que se produce en ausencia de norma, sino también de la que se instrumenta a través de la norma." [6] Para la toma de decisiones se prefiera buscar la solución más razonable y no únicamente evitar la arbitrariedad arbitrariedad que se puede realizar aun haciendo uso de la norma jurídica.

Este mismo principio de razonabilidad también se puede aplicar en la toma de medidas administrativas o legislativas de carácter económico;

[6] Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo tomo I, edición 10 "Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo" Pág. VI-37.

pero contrario a lo que sostiene Gordillo respecto al grado de madurez del derecho; sobre la toma de decisiones en materia económica sostiene el mismo autor, que aun existen algunos puntos de discusión, particularmente en países de economías emergentes con gobiernos e instituciones débiles "una muestra de ello lo proporcionan las cuestiones relativas a cómo manejar la política económica en tiempos normales y en tiempos de crisis, tema en el que es frecuente encontrar en nuestro país medidas o decisiones que en el resto del mundo, particularmente en el mundo desarrollado, no se consideran las más acertadas o incluso ni siquiera racionales." [7]

Bibliografía y fuentes de investigación.

García de Entrerría, Eduardo y Ramón-Fernández, Tomás. "Curso de Derecho Administrativo." Novena Edición.

Cassagne, Juan Carlos. "La discrecionalidad administrativa". www.cassagne.com.ar¨/.../Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20version-LL-03-09-08

Palacio Ibarra, Juan Francisco. "El control de la discrecionalidad administrativa". Revista Jurídica de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo tomo I, edición 10 "Facultades regladas y discrecionales de la administración".

Apuntes de clases, Dr. Miguel Hernández Terán. Seminario Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Septiembre de 2008, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Apuntes de clases, Dr. Edgar Neira Orellana. Maestría de Derecho Administrativo II promoción, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

[7] Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo tomo I, edición 10. Pág. X-9,10 y 11.

Derecho Arbitral

COMPARECENCIA DE TERCEROS EN UN PROCESO ARBITRAL.

Ana María Larrea A.*

RESUMEN:

Un aspecto que ha causado polémica en el quehacer arbitral es el relativo a la comparecencia de terceros, toda vez que se ha discutido en ciertos casos la necesidad de tal intervención, y en otros se ha restringido su gestión, sobre la base del carácter privado y contractual del arbitraje, dándole a esta institución un matiz de exclusividad, que podría en muchos casos frustrar la resolución que se adopte, por no haberse contado con todas las partes a quienes corresponde alegar un derecho vinculado estrechamente al arbitraje. Ante el silencio de nuestra ley, nuestra intención es contribuir para que en el nuevo texto que se discute actualmente, se regule adecuadamente el tema.

ABSTRACT:

One aspect that has caused controversy in the arbitration work relates to appearance of third parties, any time that has been discussed in certain cases the need for such intervention, and others has been restricted its management, on the basis of the private and contractual nature of arbitration, giving this institution a tint of exclusivity, which could often frustrate the resolution to be adopted, by not being counted with all parties to claim a right closely linked to the arbitration. Before the silence of our law, it is our intention to contribute to the new text that is currently discussed adequately regulate the topic.

* Abogada, Doctora en Jurisprudencia, Egresada de Especialista y Máster en Derecho Procesal, Diplomada en Fideicomiso Mercantil; Árbitro de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Profesora Invitada de Derecho Mercantil, Derecho Procesal. Miembro Fundadora de la Academia Ecuatoriana de Derecho Administrativo; Socia y Gerente General del Estudio Jurídico Larrea, Ortiz y Cía.

PALABRAS CLAVE:

Terceros, partes, arbitraje, relación sustancial, comparecencia voluntaria, comparecencia necesaria, eficacia del laudo, tutela judicial efectiva o acceso a la justicia.

KEY WORDS:

Third parties, parties, arbitration, substantial relationship, voluntary appearance, necessary appearance, effectiveness of the arbitral award, effective judicial protection and access to justice.

SUMARIO:

1.- Introducción.- 2.- ¿Quiénes son los terceros?.- 3.- Fundamento Legal de la Comparecencia de Terceros.- 4.- Posición doctrinaria opuesta a la comparecencia de terceros en el Arbitraje.- 5.- Clases de Comparecencias de Terceros.- 6.- Clases de Comparecencias de Terceros.- 7.- Figura del Litisconsorcio en Relación a la Comparecencia de Terceros.- 8.- Conclusiones.-

1. Introducción.-

He escogido el tratamiento del presente tema, por considerarlo de interés en la práctica del arbitraje, y por consistir en una figura procesal que se presenta con relativa frecuencia en los procesos ordinarios, y en mi experiencia personal, también se manifiesta en el arbitraje; no obstante lo cual, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación no contiene ninguna disposición que regule directamente la figura, ni determine su alcance, modalidades, pero sobre todo sus efectos, que es lo que se pretende analizar en el presente estudio.

Como antecedente de obligada mención, y a manera de introducción en el tema, es necesario señalar que, pese a que nuestra ley no contiene ninguna disposición particular sobre la comparecencia de terceros al arbitraje, por la vía de la remisión consagrada en el artículo 37 de la ley, resultan aplicables las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Código de Comercio, siendo evidente que las normas adjetivas, que regulan todo lo atinente a la sustanciación de un proceso,

son las correcta y directamente invocadas, en cuanto no exista disposición especial de la Ley de Arbitraje, lo cual es bastante frecuente dada la imposibilidad real que en 64 artículos, se agote la problemática procesal y sus instituciones, como la cosa juzgada, los recursos, las pruebas, etc. claramente presentes en el arbitraje. [i]

2. ¿Quiénes son los terceros?

De manera previa a tratar el asunto que es materia del presente ensayo, es importante e ilustrativo revisar los conceptos que se relacionan con la estructura procesal, el régimen de las partes procesales y la estructura litisconsorcial.

Las partes, bajo el concepto tradicional, son quienes ejercen el derecho de acción, y el derecho de oposición, integrando la estructura antagónica que requiere el proceso civil, esquematizada en el clásico triángulo chiovendano, que ubica al juez en el vértice, y en los extremos inferiores, equidistantes de aquel, a actor y demandado.[ii]

Centrando la atención precisamente en el concepto de partes procesales, por la profunda vinculación que éste tiene con el régimen de los "terceros", procuraremos expresar una idea, basada en el análisis que sobre el tema hace la Enciclopedia Jurídica Omeba. Durante mucho tiempo se entendió como conceptos equivalentes a "las partes en sentido procesal", con "las partes de la relación sustancial que origina el proceso". Coherente con aquel pensamiento, Chiovenda afirma que "es parte el que demanda en nombre propio una actuación de la ley, y aquél frente a la cual ésta es demandada". [iii]

Atendiendo entonces al carácter procesal de parte, cabe distinguir entre las "partes originarias" y "partes sucesivas"; entendiendo por las primeras a todo sujeto que, desde la presentación de la demanda tiene el carácter de actor o demandado; y por, las segundas a aquellas que, siendo terceros en la relación procesal nacida como consecuencia de la demanda, no lo son en la relación sustancial que se encuentra litigiosa y que, por tal razón, tienen la posibilidad de convertirse en "partes", voluntaria o forzosamente en algún momento en la vida del proceso. Dicho de otra manera, una cosa es ser parte procesal (calidad que se adquiere por el simple hecho de participar en un proceso judicial", y otra

bien distinta es ser "parte legitimada", calidad que se adquiere una vez acreditado el interés en la relación que se debate en el proceso.

3. Fundamento Legal de la Comparecencia de Terceros.-

Con tal antecedente, es preciso citar la disposición contenida en el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, que trata sobre el principio básico de la institución de la tercería en un proceso civil, y señala: *"En cualquier juicio puede ser oído un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo. La reclamación del tercero se sustanciará como incidente, sin perjuicio de lo establecido en los parágrafos siguientes, respecto de las tercerías."*

Desde nuestra óptica, la anterior disposición legal establece un "derecho" no condicionado ni supeditado a la suscripción de un convenio arbitral, o cláusula compromisoria, de todo tercero a ser oído en un juicio, siempre que los resultados de ese juicio, le causen perjuicio directo. Dicho en otras palabras, no todo tercero puede comparecer con vía expedida en un proceso judicial, tiene que ser un tercero quien pueda demostrar objetivamente un eventual perjuicio, si sus argumentos no son considerados en la resolución de la controversia trabada entre las partes.

La facultad consagrada en nuestro Código de Procedimiento Civil, está íntimamente vinculada con la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva, que está desarrollada en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, cuyo texto es el siguiente: Art. 75: *"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."*

Es importante mencionar que, la doctrina nacional y extranjera, mayoritariamente reconocen la posibilidad de que terceros se incorporen al proceso arbitral, sobre la base, en el caso concreto de nuestra legislación, de la remisión y la garantía constitucional antes transcrita. Al efecto, es preciso citar al Dr. Ernesto Salcedo Verduga, en su obra "El Arbitraje, La Justicia Alternativa", segunda edición, publicada el año 2007, quien al tratar el tema concluye que, pese a la existencia de corrientes doctrinarias opuestas a la intervención de los terceros, éstos

"pueden intervenir y ser oídos en el proceso arbitral al amparo de lo dispuesto en el art. 492 del Código de Procedimiento Civil y 24 numeral 17 de la Constitución Política de la República".

Entre los extranjeros que han tratado el tema, de manera acorde con la opinión que hemos incorporado preliminarmente en este análisis, y que será, obviamente profundizada a continuación, podemos citar a los tratadistas peruanos Dr. Carlos Alberto Mateus López y Dr. José Herrera Robles, el colombiano Dr. Martín Agudelo Ramírez, Dr. César Rojas, y otros tratadistas citados por los profesores antes referidos.

4. Posición doctrinaria opuesta a la comparecencia de terceros en el Arbitraje.-

Quienes se inclinan por manifestarse contrarios a la intervención de terceros en el procedimiento arbitral, sustentan su tesis en el argumento según el cual, el acceso a la justicia arbitral no es la regla general sino la excepción, toda vez que tiene como necesario origen una cláusula compromisoria, o un convenio arbitral que habilita, como requisito "sine qua non" la vía arbitral.

Posición inspirada por los principios de habilitación y voluntariedad del arbitraje, sobre los cuales se estructura la justicia arbitral, conforme lo menciona el tratadista Ernesto Salcedo Verduga, en su obra citada. Y sostienen con cierta lógica y fundamento en la naturaleza del convenio arbitral, que únicamente quienes lo han suscrito son, en estricto, partes del proceso arbitral, sosteniendo, a su vez, que aunque existan disposiciones como la del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, ningún precepto puede invocarse para aceptar la comparecencia de un tercero en el arbitraje en virtud de que la competencia de los árbitros está dada por la voluntad de las partes que otorgaron el convenio de arbitraje.

Desde nuestra visión, aunque reconocemos que los razonamientos que fundamentan esa posición doctrinaria pueden considerarse válidos, dado el carácter excepcional del arbitraje y el hecho de ser un acto voluntario, y desde ningún punto de vista forzoso, consideramos que, contrastando el principio de tutela judicial efectiva, garantizado en la constitución por el cual se procura evitar la INDEFENSIÓN, con el carácter contractual y privado del arbitraje, la garantía constitucional

prevalece sobre éste, por cuanto es una norma jurídica de orden público e interés social; en consecuencia, de superior jerarquía, y porque, además, lleva implícitas otros principios de valor superior, como son garantizar el derecho de defensa, el principio de economía procesal, el de efectividad de las sentencias y el de la institución de la cosa juzgada en materia procesal.

5. Intervención Procesal de Terceros en el Arbitraje.-

Con el propósito de graficar los diferentes escenarios en que se puede dar la integración de terceros en un arbitraje, me permitiré citar dos casos en los que se ha producido este supuesto, en diferentes categorías, y, en consecuencia, con diferentes efectos, conforme evidenciaremos a continuación:

1. En un arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, una compañía fiduciaria demandó a una institución pública, el pago de los honorarios y comisiones pendientes de pago por parte de ésta, en calidad de beneficiaria de un fideicomiso mercantil de administración, honorarios que habían sido determinados en el contrato sobre la base de un avalúo pericial aceptado por dicha institución pública, a través de su Directorio. El antecedente que motivó la celebración del aludido fideicomiso mercantil, fue la instrumentación de una dación en pago que se perfeccionó en el referido contrato, mediante la transferencia de un bien inmueble a favor del fideicomiso, en el que la aportante designó como beneficiaría a la institución demandada, y por el mérito de tal designación, ésta declaró extinguidas las obligaciones que se le adeudaban.

   La actora demandó a la institución pública solamente, pese a que el contrato de fideicomiso había sido otorgado entre la fiduciaria, la aportante y la beneficiaria, por cuanto las pretensiones sobre las que versaba la demanda podían y debían exigirse, conforme al texto del contrato, únicamente contra la demandada. No obstante, al contestar la demanda, la institución pública impugnó el avalúo del bien, en base al cual se calculaban los honorarios, y dijo que éstos debían pagarse únicamente sobre un nuevo avalúo practicado por la DINAC. Posición de la demandada que, no solamente significaba

rebajar los honorarios, sino también reajustar el valor por el cual se había perfeccionado ya una dación en pago.

La litis procesal se trabó entre actor y demandado, pero era evidente que, el proceso tenía connotaciones que requerían la participación y defensa activa de parte de la compañía que, mediante la entrega de un inmueble a determinado valor, había efectuado una dación en pago que pretendía reajustarse por parte de la acreedora, con base de una nueva valoración pericial. Por lo cual, era necesaria la comparecencia de la aportante al proceso, no obstante lo cual, la demandada se opuso invocando que ésta no había celebrado un convenio de interpretación y ampliación de la cláusula compromisoria incorporada al contrato de fideicomiso.

2. Por otro lado, en otro arbitraje sustanciado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, el objeto de la demanda es la ejecución de un Contrato de Sustitución de Deudores y Novación, celebrado entre compañías anónimas de derecho privado, algunas de las cuales tenían como único accionista indirectamente a una institución del sector público.

   Dada esta situación, y por la trascendencia económica que el proceso involucró, la entidad pública indirectamente relacionada a las demandadas, compareció voluntariamente a respaldar su defensa jurídica y apoyar los argumentos contractuales expuestos. Esta entidad no es parte del contrato, no obstante comparece voluntariamente. Su comparecencia no es necesaria.

   De lo dicho, tenemos entonces, que el fenómeno de la intervención se verifica cuando en un proceso ya iniciado, interviene un sujeto extraño a las partes, actora y demandada, y por lo tanto un tercero, que se introduce en un proceso pendiente, para formular frente o junto a las partes originarias, una pretensión encaminada a la inmediata defensa de su propio derecho o a la defensa del derecho de cualquiera de las partes intervinientes. Dicho en otras palabras, la intervención procesal constituye la posibilidad de que un tercero ajeno al proceso ya iniciado, por motivos precisamente de interés directo con el objeto de éste o con sus posibles consecuencias, entre en el mismo en unión de las partes, aprovechando la ocasión para

que también se haga valer su interés, pues es consciente de que en su ausencia ese interés no será adecuadamente tutelado.

Requisitos.-

- Ser un tercero, es decir, no tener la calidad ni de actor ni de demandado dentro del proceso.
- Que el proceso judicial haya iniciado
- Que tenga interés directo en la causa que se ventila o con sus consecuencias;
- El peruano Carlos Alberto Matheus, incorpora otro requisito y es la "posibilidad de resentir la eficacia ultra partes del laudo arbitral".
- Cierta parte de la doctrina incorpora un cuarto requisito para que sea procedente esta comparecencia, y es que el tercero acepte o se adhiera al convenio arbitral, y las partes actora y demandada estén conformes con su intervención en el proceso.

Los dos primeros requisitos no ameritan un análisis específico. Respecto al tercer requisito, es éste el que desde nuestro punto de vista justifica la posición de permitir al tercero comparecer al proceso a hacer valer sus derechos o pretensiones, en virtud de la afectación directa que el resultado de éste le genere. El interés directo o eventual –debidamente justificado- es la razón de ser de la existencia de esta apertura, tanto en los procesos ordinarios que se sustancian con arreglo al Código de Procedimiento Civil, como en los procesos arbitrales por la via de la remisión ya mencionada, y con base al principio de TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

En cuanto a la posibilidad de resentir o afectar la "eficacia entre partes" del laudo, pese a la vigencia del principio jurídico "res inter alias acta", existen supuestos excepcionales en que la sentencia o laudo emitido afectará a personas ajenas a la litis; razón por la cual, y para evitar tener laudos ineficaces o frustrados, como consecuencia de la vigencia de aquel principio, es procedente y necesario, contar con las personas a quienes afectará la expedición del laudo, a efectos de hacerlo oponible a ellos, en beneficio de la institución "res iudicata" o "cosa juzgada material".

En cuanto a la exigencia doctrinaria que requiere que el tercero acepte el texto del convenio arbitral, y las partes manifiesten su conformidad a la comparecencia del tercero, cabe efectuar las siguientes precisiones: Siendo el arbitraje un camino voluntario o excepcional, el tercero que pretende hacer valer sus derechos a efectos de evitar un perjuicio directo, está tácitamente aceptando aquel procedimiento, y renunciando a la vía ordinaria para la solución de la controversia, dada la necesidad o conveniencia que para él reviste su intervención en la causa. La renuncia al juez que le es natural, es decir el ordinario, se presenta de manera expresa al acudir al arbitraje, y, por cuanto no está en la posibilidad jurídica de arrastrar a las partes del proceso arbitral, a la justicia ordinaria.

Dicho lo anterior, cabe reflexionar sobre la necesidad de que las partes acepten la participación del tercero en el arbitraje, y desde mi punto de vista aquella voluntad no puede condicionar desde ningún punto de vista la presencia de éste, puesto que, de ser así, se estaría vulnerando la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva, tantas veces invocada en el presente ensayo; y los terceros quedarían al arbitrio de la buena o mala fe de las partes para el efectivo ejercicio de un derecho que la ley procesal y la constitución consagran.

Ahora bien, reconociendo el carácter contractual y privado de la institución del arbitraje, condiciones que, como hemos dicho no están por sobre las garantía constitucionales que hemos citado, considero que la intervención del tercero debe ser autorizada, en definitiva por los árbitros, quienes en su condición de dirimentes imparciales, están en capacidad de calificar el interés directo en la controversia, que invoca el compareciente, el cual deberá justificarse suficientemente a criterio de éstos, a efectos que, mediante providencia, acepten, rechacen o condicionen la intervención del tercero dentro del proceso. [1]Son los árbitros quienes deben calificar la existencia de la afectación o gravamen al tercero, y su participación en la relación sustancial que es materia del proceso, a efectos de considerar si ésta es directa, es decir si reúne los

[1] La ley de Arbitraje Comercial Internacional Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL (por sus siglas en inglés) da amplias atribuciones a los árbitros para resolver según su criterio distintos incidentes que eventualmente presente el arbitraje, y no estén contempladas en la ley.

requisitos de conexidad entre su interés y el que se discute en el litigio; o, identidad en la relación causal, es decir, tener la misma calidad que otra de las partes que sí interviene en el pleito; o si, por el contrario, su pretensión es incompatible con la que una o más de las partes alegan en el juicio (por ejemplo, versar el proceso sobre el derecho sobre un bien, y el tercero invocar dominio sobre éste).

Esta solución, desde mi visión, puede aplicarse bajo las disposiciones de la ley actual, independientemente que, lo óptimo sería que, dentro de una futura reforma, se incluyan normas que regulen adecuadamente la problemática que es materia de este artículo.

6. Clases de Comparecencias de Terceros.-

Es importante esquematizar los distintos supuestos en los que puede producirse la intervención de terceros en el arbitraje, de la forma más simple posible, que es, a nuestro entender, la siguiente:

Intervención Principal.- Se entiende por intervención principal la incorporación de un tercero que alega un derecho, total o parcial, pero autónomo, sobre el objeto sobre el cual versa la demanda. O aquel que tiene un interés directo, incompatible, total o parcialmente, con el de una o ambas partes litigantes, como en el caso real que expusimos en la introducción al presente artículo. La intervención principal implica asumir una posición activa frente a las partes procesales originales, que tendrá como consecuencia, de calificarse su interés "como directo en la causa y no eventual", por los árbitros, conforme al mecanismo sugerido, que termine siendo considerado como parte procesal, con todas las consecuencias que de ello deriva, como son, por ejemplo la interposición de acciones y recursos.

Intervención Adhesiva.- Se entiende por intervención adhesiva, aquella comparecencia efectuada por el interés propio de evitar eventuales perjuicios "reflejos" que puede causar un laudo arbitral determinado, perjuicio que puede producirse por la existencia de alguna conexión –directa o indirecta- entre el tercero y alguna de las partes procesales; o porque, el resultado de dicho proceso conlleva la figura de *prejudicialidad* en una relación jurídica determinada, para el tercero. La intervención adhesiva requiere una conexión y subordinación de la

relación jurídica del tercero, con la relación jurídica sobre la que versa el arbitraje. De ahí que su comparecencia es considerada por la doctrina, como "subordinada", en tanto y en cuanto el tercero se ve afectado por las consecuencias del laudo, pero no está habilitado, porque su vínculo jurídico es derivado, a actuar de manera independiente o autónoma.

Dicho en palabras textuales del Dr. Carlos Matheus López, quien trata de forma minuciosa y profunda este tema, en el ensayo citado: *"Además, tal interés no legitima al tercero a actuar de manera autónoma frente al adversario de la parte ayudada, lo habilita solo a ponerse, en vía de intervención, al lado de la misma, en cuanto con ésta, y con el adversario, se encuentra en una relación tal, por la cual la victoria de la misma lo favorecería y su derrota lo perjudicaría".*

De ahí que, el interviniente adhesivo no se convierte en parte procesal, y, por lo tanto no está legitimado para actuar de manera autónoma o contraria a la parte principal a la que se adhiere; carece de suficientes facultades, y sus actuaciones procesales, no pueden contradecir la posición de la parte a la que coadyuva.

Visto lo anterior, debo nuevamente referirme a los arbitrajes en que he participado, y se ha producido la comparecencia de terceros, precisamente en los dos distintos supuestos que acabamos de revisar: Arbitraje no. 023-02, se produjo la intervención del tercero, que habiendo sido parte del contrato no fue incluido en la demanda por cuanto no se le pedía nada concretamente; intervención que tiene el carácter de principal, y en consecuencia, autónoma; y, Arbitraje no. 047-06, actualmente en trámite, en el que intervinieron terceros que, desde el análisis actual, evidentemente lo hicieron bajo el carácter de intervención adhesiva, o subordinada a la defensa principal del proceso, y únicamente con el ánimo de apoyar una posición jurídica, cuyo resultado afecta directamente el patrimonio del compareciente.

7. Figura del Litisconsorcio en Relación a la Comparecencia de Terceros.-

Una vez analizada los tipos de comparecencia de los terceros, en un arbitraje, es preciso hacer especial mención al concepto y figura del "Litisconsorcio" y relacionarlo con el presente tema.

Frente al concepto de "parte procesal" existe el concepto del "litisconsorcio", que tradicionalmente se entiende configurado cuando existen varias partes en el lado actor (litisconsorcio activo) o en el lado demandado (litisconsorcio pasivo).[iv] No compartimos este criterio tradicional, pues, aceptando el carácter procesal de parte, que nace de quienes intervienen en el proceso, y que es por completo ajena a la relación jurídica que allí se debate, podemos y debemos distinguir entre dos situaciones diferentes: a) una parte con sujetos múltiples; y, b) multiplicidad de partes, conforme lo explica la Enciclopedia Jurídica Omeba.

En el primer caso, varios sujetos poseen idéntico interés sustantivo respecto del derecho litigioso originado en determinado proceso, y actúan en él con una precisa coordinación de pretensiones, y en absoluto plano de igualdad procesal. Ejemplo: caso de herederos o sucesores en derecho de un causante, en un pleito iniciado por él. Aquí hablamos de una parte con sujetos múltiples, que actúan entre sí en relación de litisconsorcio.

En el segundo caso, varios sujetos no tienen un idéntico interés sustancial respecto del derecho litigioso en determinado proceso; sin embargo tienen entre ellos una relación de afinidad, pues la suerte final del litigio afecta a todas. Tal afinidad no implica coordinación de pretensiones, las que se mantienen separadas respecto de cada parte. Ahí estamos frente a la multiplicidad de partes y no frente a un litisconsorcio.

Por lo cual, y en estricto sentido, el verdadero litisconsorcio es el que comúnmente se conoce como litisconsorcio necesario, entendiéndose por éste, la figura en la que se integran, verdaderamente, varias personas en la posición de una sola parte, siendo de la esencia que todos los sujetos de la relación jurídica subyacente al proceso estén presentes en él, so pena de que no pueda dictarse un laudo eficaz, por ser inoponible a terceros. Ejemplos de litisconsorcio necesario: codeudores o deudores solidarios, herederos. [v]

8. Conclusiones.-

Revisados brevemente los conceptos anteriores, vemos que la figura de los terceros, se presenta tanto dentro del esquema de "multiplicidad

de partes" en el que el tercero, una vez demostrado su interés legítimo en la causa, en base al interés en la relación sustantiva que genera el proceso, comparece, y una vez aceptada su intervención, lo hace en calidad de parte, con las mismas prerrogativas o facultades que a éstas corresponden; o lo hace con la finalidad de apoyar una causa, caso en el que su comparecencia es adhesiva, y su accionar está supeditado al accionar de la parte a cuya postura se adhiere.

Y, en el esquema del litisconsorcio necesario o "parte con sujetos múltiples", el tercero comparece a integrar la relación procesal, por ser su presencia un requisito para la eficacia ulterior del laudo o sentencia, también en calidad de parte procesal, y con los derechos y prerrogativas que éstas poseen en el proceso.

Consecuencia de lo anterior es que, en otras legislaciones como la española, por ejemplo, se prevea expresamente la exigencia de integrar adecuadamente la litis procesal, a efectos de garantizar la eficacia del laudo y la economía del proceso, y se apercibe a los jueces a que, si advierten que la relación procesal requiere la comparecencia de otra parte directa estrictamente vinculada a la relación jurídica sobre la que se está litigando, adopten las medidas conducentes a incorporar a dicha parte en el proceso, de oficio, so pena de asumir la consecuencia de la nulidad que pudiere provocar la omisión de aquella obligación. Dicha convocatoria puede hacerla una de las partes, mediante la figura de la "denuncia de pleito", por lo que llama al tercero a integrar el vínculo procesal.

En cualquier caso que exista la "afectación al tercero" éste puede intervenir en el proceso en curso, y su intervención puede ser: voluntaria para el tercero, cuando su presencia depende exclusivamente de su propia voluntad (ejemplo, la intervención del fiador simple en el proceso promovido contra el fiado); facultativa de la parte que lo llama, y forzosa para el tercero (ejemplo, denuncia de pleito que hace el comprador demandado por saneamiento del bien a su vendedor); o forzosa para las partes y el tercero, cuando la presencia del tercero depende de la voluntad de la ley (ejemplo pretensión de división de condominio que debe promoverse contra todos los condóminos).

En todo caso, pese al carácter privado y contractual del arbitraje, el tercero debe ser oído, siempre que los árbitros, de manera sumaria,

lleguen a la convicción de que su presencia es necesaria, aceptando su comparecencia en calidad de parte. La intervención adhesiva, debe también reconocerse y respetarse, en los términos expresados en el presente artículo, dado que dota de transparencia y legalidad al proceso, y puede mitigar los efectos de una eventual defensa deficiente por parte de la parte a la que se adhiere el tercero.

---

[i] Considero inadecuado incluir la remisión directa al Código Civil y al Código de Comercio, dado que ambos cuerpos normativos son de orden sustantivo, y es evidente que todo el derecho positivo sustantivo, y no solo aquellas dos leyes expresamente citadas, resulta de obligada aplicación en la resolución de los arbitrajes en derecho, dependiendo de la materia sobre la que éstos versen.

[ii] Tradicionalmente el derecho de defensa ha sido contemplado en el campo del proceso civil, como existente solo en cabeza del demandado, olvidando que, tal como resulta de las modernas teorías, el "derecho de acción" (en definitiva uno de los equivalentes procesales del derecho cívico de petición), también encuadra dentro del concepto "derecho de defensa", garantizado constitucionalmente a todos los habitantes del país. De allí que, según quien ejercite el derecho de defensa así concebido, podremos hablar como integrantes de éste, del "derecho de acción" y del "derecho de contradicción", los cuales se complementan.

[iii] Como crítica a esta posición, cabría afirmar, entonces, "que parte es todo aquel que participa en un proceso por el solo hecho de peticionar" ante el órgano jurisdiccional, cualquiera sea el carácter que para ello invoque, y cualquiera sea, en definitiva, la participación "efectiva" que se le otorgue, en orden a la real vinculación que el participante tenga respecto de la relación sustancial debatida.

[iv] El tratadista colombiano Jairo Parra Quijano manifiesta: *"Esta palabra traduce o denota la presencia de varias personas en el proceso, unidas en determinada situación. Se podría afirmar que todas las legislaciones y doctrinas admiten la existencia de varias personas en la situación de demandante o demandado, o en ambas calidades"*

[v] En el caso de los codeudores solidarios, citamos el artículo 2419 del Código Civil.- *"La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del Art. 1532*

Derecho Civil

LOS REQUISITOS DE FONDO Y FORMA EXIGIDOS POR LA LEY RUMANA PARA CONTRAER MATRIMONIO

Dra. Gabriela Cristina FRENŢIU[*]
Bogdan Dumitru MOLOMAN[**]

RESUMEN:

El estudio resume una presentación general de los requisitos de fondo y forma necesarios para la celebración legal de un matrimonio entre los ciudadanos rumanos.

En la Ley rumana, el matrimonio está reglamentado por el Código de la Familia en vigor desde el 1 de febrero de 1954.

En Rumania, solamente el matrimonio civil es obligatorio, el religioso siendo opcional, dejado al aprecio de los esposos y esta clase de unión no tiene ningún efecto judicial.

La celebración valida de un matrimonio civil en Rumania de los ciudadanos rumanos está gobernada por las siguientes requisitos de fondo: la diferencia del sexo, la edad legal para matrimonio, el consentimiento al matrimonio, la comunicación mutua del estado de la salud, la ausencia de los obstáculos a la unión, como: un matrimonio en vigor que

[*] Gabriela Cristina FRENŢIU, doctora en derecho civil; juez - Vicepresidenta del Tribunal de Bistrita-Nasaud, Rumanía; Profesora Asociada – Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y de la Comunicación, Universidad "Babeş-Bolyai'' Cluj-Napoca, Extensión de Bistrita, Rumanía.

[**] Bogdan Dumitru MOLOMAN, licenciado en Ciencias Administrativas (Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y de la Comunicación, Universidad "Babeş-Bolyai'' Cluj-Napoca, Rumanía), Inspector en la Autoridad Tutelar, Ayuntamiento de Bistrita, Rumanía; Estudiante de la Facultad de Decrecho de la Universidad Universidad "Babeş-Bolyai'' Cluj-Napoca.

no ha sido cancelado, el parentesco, la adopción, la tutela, la enajenación y la debilidad mental.

Los requisitos de fondo del matrimonio son gobernados por la Ley nacional de los futuros esposos mientras que los requisitos de forma estan gobernados por la Ley del lugar donde se celebra el matrimonio. Estos requisitos se relacionan a formalidades necesarias para la celebración del matrimonio como: la elaboración de una declaración de matrimonio, la publicidad de la declaración en la pantalla del Ayuntamiento de la ciudad donde ocurre el matrimonio, la publicidad del matrimonio, la presencia de los dos testimonios que firman el acto del matrimonio.

El matrimonio es un derecho humano fundamental. Se prohíbe que nuestras leyes contienen restricciones al ejercicio del derecho al matrimonio y del derecho de tener una familia basada en diversos criterios como: ciudadanía, religión y raza. La prohibición al matrimonio de un largo tiempo después del divorcio puede ser una violación del Artículo 12 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (véase F. contra Suiza, Sentencia del 18 de diciembre 1987 en la cual a una persona se le negó el derecho para contraer un matrimonio por una temporada de 3 años).

ABSTRACT:

The study resumes a general presentation of the fund and form conditions needed for the legal conclusion of a marriage between Romanian citizens.

In the Romanian law, the marriage is settled by de Family Code in force since 1st February 1954.

In Romania, only the civil marriage is obligatory, the religious marriage is a faculty, let to the appreciation of the spouses and this kind of marriage doesn't have a judicial effect.

The legal conclusion of a civil marriage in Romania by the Romanian citizens is governed by the following fund conditions: sex difference, legal age of marriage, the consent to the marriage, the mutual communication of the healthy state, the absence of the obstacles to the

marriage like: an available marriage in force, the relationship, the adoption, the guardianship, the alienation and the mental debility.

The fund conditions of the marriage are governed by the national law of the spouses while the form conditions are governed by the law of the place where the marriage takes place. These conditions regard the formalities needed for the conclusion of the marriage like: the elaboration of a marriage declaration, the publicity of the declaration at the town hall where the marriage takes place, the publicity of the marriage, the presence of the two testimonies which firm the act of marriage.

The marriage is a fundamental human right. It is forbidden that our laws contain restrictions to the exercise of the right to marriage and the right to have a family based on different criteria like: citizenship, religion and race. The interdiction to marriage a long time after the divorce could be a violation of the article 12 of the European Convention on Human Rights (see F. against Switzerland, Judgment from 18 December 1987 where a person was denied the right to marriage for 3 years after his divorce).

PALABRAS CLAVES:

Matrimonio Civil, Derecho de Familia, Registro Civil, Rumanía

KEYWORDS:

Civil Marriage, Family Law, Civil Registras, Romania

SUMARIO:

1. Definición. Reglamentación legal.
2. Requisitos para contraer matrimonio.
   2.1. Los requisitos de fondo necesarios para la celebración del matrimonio.
      a. La diferencia de sexo.
      b. Edad legal para contraer matrimonio.
      c. El consentimiento matrimonial.
      d. Comunicación mutua del estado de salud.

e. La falta de impedimentos para contraer matrimonio.
(i) La existencia de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges.
(ii) El parentesco.
(iii) La adopción.
(iv) La tutela.
(v) La debilidad mental o locura.
2.2. Los requisitos de forma necesarios para la celebración del matrimonio.
3. Bibliografía.

1. DEFINICIÓN. REGLAMENTACIÓN LEGAL

Según la doctrina especializada rumana, el matrimonio es la unión libre consentida entre un hombre y una mujer, con capacidad de decisión para aceptar un matrimonio, respectando las disposiciones legales, con el propósito de constituir una familia, y reglamentado por las normas imperativas de la ley[1].

En el derecho rumano, el matrimonio es reglamentado por el Código de la Familia[2], vigente desde el 1 de febrero de 1954, acto que en el transcurso del tiempo fue modificado y completado, la última modificación siendo por la Ley nº. 288/2007[3].

En Rumanía sólo el matrimonio civil es obligatorio, el matrimonio religioso es opcional, quedando a la libre decisión de los cónyuges. Si los cónyuges desean celebrar el matrimonio religioso, este será oficiado sólo después del civil. El matrimonio religioso no produzca ningún efecto jurídico[4].

---

[1] Ion FILIPESCU, Andrei FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 8ª ed. revisada y completada, Bucarest, Universul Juridic, 2006, p. 25.

[2] Código de la Familia, Ley nº. 4/1953, republicada en el Boletín Oficial de Rumanía núm. 13 del 18 de abril de 1956.

[3] Publicada en el Boletín Oficial de Rumanía núm. 749 del 05 de noviembre de 2007.

[4] Bogdan Dumitru MOLOMAN, „Consideraciones sobre el matrimonio religioso en Rumanía", Revista *General de Derecho Canonico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 19, enero de 2009 (RI § 407322), www.iustel.com, pp. 1-18.

2. REQUISITOS PARA LA FORMACIÓN DEL MATRIMONIO.

Para que tenga validez el acto jurídico del matrimonio se deberán cumplir algunos requisitos de fondo y de forma.

Los requisitos de fondo se dirigen por la ley nacional de los futuros cónyuges. En virtud a este aspecto se pueden destacar las siguientes:

- en caso del matrimonio celebrado en el extranjero entre ciudadanos rumanos se aplica la ley rumana;
- en caso del matrimonio celebrado en Rumanía entre ciudadanos extranjeros, se aplica la legislación nacional de su país;
- en caso del matrimonio celebrado en el extranjero entre un ciudadano rumano y un extranjero, cada uno de los futuros cónyuges está sujeto a su propia ley nacional del matrimonio;
- en caso del matrimonio celebrado en Rumanía entre un ciudadano rumano y un extranjero se aplicarán las leyes nacionales de cada cónyuge. Si la legislación nacional del extranjero conoce algún impedimento para el matrimonio pero en la legislación rumana es incompatible con la libertad de formación de un matrimonio, este impedimento no se aplicará;
- en caso del matrimonio celebrado en el extranjero entre un ciudadano rumano y un apátrida (persona sin nacionalidad), para este último se aplicará la ley del país donde tiene el domicilio, y a falta de eso, la del país donde tiene la residencia, mientras que el ciudadano rumano está sometido a la legislación rumana;
- en caso del matrimonio celebrado en Rumanía entre un ciudadano rumano y un apátrida, por este último, la legislación rumana se aplica si tiene el domicilio en Rumanía, el ciudadano rumano siendo sujeto de la legislación rumana;
- en caso del matrimonio celebrado en Rumanía entre dos apátridas, cada está sujeto de la ley del país en el que reside o tiene el domicilio, y tambien para los apátridas que son residentes en Rumanía se aplicaran la legislación rumana[5].

[5] Ion FILIPESCU, Andrei FILIPESCU, *Tratat de drept internațional privat*, ed. revisada y completada, Bucarest, Universul Juridic, 2005, p. 395.

Los requisitos de forma están determinados por la ley del país donde el matrimonio se está formalizado[6]. Por lo tanto, el matrimonio contraído en Rumanía entre los ciudadanos rumanos, los rumanos y los ciudadanos extranjeros o apátridas, está sujeto de la forma requerida por la legislación rumana.

2.1. Los requisitos de fondo necesarios para la celebración del matrimonio.

Los requisitos de fondo representan las circunstancias que se deben cumplir para contraer matrimonio, para que éste sea válido[7].

Presentaremos en lo que sigue los requisitos necesarios para la formación de un matrimonio válido en Rumanía.

a) La diferencia de sexo.

La Ley no impone expresamente esa condición, sino que se deriva de la regularización de las relaciones familiares en que se nota que el hombre y la mujer tienen derechos y obligaciones iguales en el matrimonio[8].

El matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, siendo prohibido los matrimonios entre dos personas del mismo sexo[9].

Teniendo en cuenta que la transexualidad[10] es un fenómeno que permite a las personas cambiar su sexo, de acuerdo con sus sentimientos

---

6 Ion FILIPESCU, Mihai JACOTĂ, *Drept internaţional privat*, Bucarest, Didactica si Pedagogica, 1968, p. 196 y las siguientes; Ion FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 4ª ed., Bucarest, All Beck, 1998, p. 17 y los autores alla citados.

7 Adriana CORHAN, *Dreptul familiei. Curs. Teorie şi practică*, ed. revisada y completada, Timisoara, Augusta, 2000, p. 56.

8 Gabriela Cristina FRENŢIU, Bogdan Dumitru MOLOMAN, *Elemente de dreptul familiei şi de procedură civilă*, Bucarest, Hamangiu, 2008, p. 51.

9 Bogdan Dumitru MOLOMAN, *Căsătoria civilă şi religioasă în dreptul român*, Bucarest, Universul Juridic, 2009, pp. 200-208.

10 Se defino como transexualidad el trastorno de la identidad sexual que se manifiesta por el deseo del individuo de modificar todas las características propias de su sexo

íntimos y a la pertenencia verdadera al sexo opuesto[11], se plantea el problema si esta persona puede casarse o no. Actualmente se reconoce la posibilidad de celebrar estos matrimonios, siempre que la persona que ha perdido sus caracteres sexuales de origen informe al futuro cónyuge, la omisión pudiendo ser motivo de anulación del matrimonio.

La Corte Europea de los Derechos Humanos ha declarado en los casos I. contra el Reino Unido y Goodwin contra el Reino Unido[12] que no hay ninguna razón para justificar para la privacion de los transexuales bajo, ninguna circunstancia, de casarse. Una resolución contraria sería una violación del Art. 12 del Convenio Europeo, que regula el derecho de contraer matrimonio[13].

---

anatómico para parecerse al sexo contrario. El transexual siente un malestar, intenso y persistente, con respecto a su sexo fisiológico, dentro del cual se considera "atrapado". Para que exista un verdadero transexualismo, este, malestar debe ir acompañado de una búsqueda imperiosa de parecerse al sexo opuesto, al que el individuo afectado siente "pertenecer psicológicamente" y, por lo tanto, de un deseo de cambiar las características, tanto externas (ropa, apariencia) como internas (voz, genitales), que puedan identificarlo con un sexo con el cual no se corresponde psíquicamente.
Los transexuales no deben ser confundidos con los travestis - la persona que se disfraza para jugar un papel opuesto a su propio sexo, con homosexuales o pederastas - que manifiestan una atracción sexual a personas del mismo sexo o una persona afectada por anomalías cromosómicas - por ejemplo: síndrome Tumer (insuficiencia ovárica causada por una anomalía cromosómica que se caracteriza por la ausencia o un defecto de un cromosoma X. En una mujer normal, el cariotipo (ordenamiento de los cromosomas) contiene dos cromosomas X. En las mujeres afectadas por el síndrome de Tumer sólo hay una cromosoma X, debido a la pérdida de material genético durante la primera división celular después de la fecundación), el síndrome de Klinefelter (descrito por primera vez hace seis décadas, es una enfermedad común en los hombres y se caracteriza clínicamente por cambios morfológicos, desarrollo sexual y psicológicos. Se trata de un trastorno genético que afecta al sexo masculino. Los niños con este síndrome tienen uno o más cromosomas X, además de los normales. El sexo masculino tiene la siguiente fórmula genética: un cromosoma X y un cromosoma Y. La mayoría de los afectados por el síndrome de Klinefelter poseen un cromosoma X de más).

[11] Adriana CORHAN, *Dreptul familiei. Curs. Teorie şi practică*, ed. revisada y completada, Timisoara, Augusta, 2000, p. 69.

[12] C.E.D.H., decisión de 11 julio de 2002, en Corneliu Liviu POPESCU, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului 1999-2002*, Bucarest, All Beck, 2003, o www.echr.coe.int.

[13] Según el Art. 12 del Conveneo Europeo „A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

b) Edad legal para contraer matrimonio.

La ley establece una edad mínima para contraer el matrimonio tanto para la mujer como para el hombre.

Según el Art. 4 del Código de Familia, una persona puede casarse sólo si ha cumplido la edad de 18 años.

Por algunos motivos importantes, el niño que no a cumplido la edad de 18 años, pero ha llegado a la edad de 16 años puede obtener la dispensa de poder contraer el matrimonio, expedido por la Alcaldía de Bucarest, si vive en el radio territorial de Bucarest, o por el Presidente del Consejo Provincial en cuyo territorio está domiciliado el niño, si vive en cualquier lugar fuera de Bucarest. Para contraer un matrimonio válido es necesaria la aprobación de los padres o del tutor y la autorización de la Dirección General de la Asistencia Social y Protección de la Infancia del radio territorial en el que tiene su domicilio.

La dispensa se concede sólo si se cumplen las siguientes condiciones: el niño ha alcanzado la edad de 16 años, hay razones suficientes[14] y hay un dictamen emitido por un médico, que acredite la situación especial de esta persona.

Antes del 8 de noviembre de 2007, fecha cuando entró en vigor la Ley nº. 288/2007 de modificación del Código de Familia[15], un hombre podía casarse sólo teniendo la edad de dieciocho años, y la mujer sólo si ha alcanzado dieciséis años. Sin embargo, por algunas razones, podría permitirse el matrimonio de las mujeres que han llegado a quince años, a base de un dictamen emitido por un médico oficial y de la dispensa concedida por el Presidente del Consejo Provincial en el que reside la mujer, o el alcalde general de la capital (Bucarest) para las personas domiciliadas en Bucarest.

---

[14] Se consideran razones especiales el embarazo de la mujer, la enfermedad, etc.

[15] Según el Art. 78 de la Constitución de Rumanía, la ley se publica en el Boletín Oficial de Rumanía y entrará en vigor después de 3 días desde su publicación o en una fecha expresamente estipulada en el texto de la Ley.

Una vez modificado y completado el Código de la Familia por la Ley nº. 288/2007, el legislador ha fijado en el Art. 4.1 la edad mínima para contraer matrimonio lo de 18 años, tanto para el hombre como para la mujer, con la aplicación del principio constitucional de la igualdad en el caso de la edad mínima requenda[16].

En caso de matrimonio celebrado entre los ciudadanos rumanos en un buque situado fuera del país, la dispensa se concederá por el capitán (Art. 8 de la Ley nº. 119/1996 relacionado con los actos de estado civil).

La Ley establece la edad mínima para contraer el matrimonio, pero no específica la edad hasta la cual se puede contraer un matrimonio, de este modo el matrimonio puede contraerse incluso en la extrema vejez. La Ley no excluye la celebración de un matrimonio „*in extremis vitae"* – por causa de muerte.

Como la ley no establece una edad máxima para contraer el matrimonio, no establece ninguna diferencia de edad máxima entre los futuros cónyuges. Teoréticamente se puede contraer matrimonio cual-quiera que sea la diferencia de edad entre los cónyuges. Por supuesto, una diferencia demasiado grande sería un indicio de un matrimonio fraudulento (es decir, que tenga otro propósito que él de formar una familia).

La diferencia de sexo y edad matrimonial se comprueban por partidas de nacimiento en original o copia autentificada ante un Notario, que se adjunta a la declaración de matrimonio, y a los documentos de identificación.

La homosexualidad existe en todas las culturas[17]. En algunas culturas no-occidentales, las relaciones homosexuales son aceptadas dentro de ciertos grupos. Por ejemplo, la población del norte de Sumatra, Batak, permite las relaciones homosexuales antes del matrimonio[18].

---

[16] Alin Gheorghe GAVRILESCU, „Capacitatea de a încheia căsătoria", *Dreptul,* núm. 1/2009, p. 115.

[17] Anthony GIDDENS, *Sociologie*, 3ª ed., Bucarest, ALL, 2001, p.118.

[18] Por esta situación véase: John MONEY, Arme A.EHRHARDT, *Man & woman, boy & girl: the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1972.

Hay países en los que los matrimonios entre personas del mismo sexo son aceptados, como Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal, Islandia y Argentina (2010), algunos de los EE.UU. como Massachusetts, (2004) y California (desde 15 de mayo 2008 hasta 04 de noviembre 2009), Maine, Connecticut (2008), Iowa, Vermont (2009), New Hampshire y Washington (1 enero 2010), Distrito de Columbia (2010); Ciudad de México (2009; México - estreno para América Latina). Los californianos han aprobado la prohibición de los matrimonios entre personas del mismo sexo, dentro de un referéndum, junto con las elecciones presidenciales del 4 de noviembre de 2008. La decisión viene después unos meses de la legalización de esas uniones, que ha favorecido a miles de parejas. Una iniciativa popular que tuvo por objeto definir el matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer ha sido aprobada con los votos 52,1% y 47,9% en contra, indicaron las autoridades de California, el estado más poblado de América. La decisión someten a la inseguridad jurídica a unas 18.000 parejas del mismo sexo que se casaron en California en los últimos meses. Siendo iniciativa de grupos conservadores, la propuesta estaba destinada a introducir una enmienda constitucional estatal que „sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido y reconocido en California".

La aprobación de esta propuesta a través de un referéndum anula una decisión del Corte Supremo de California, que en mayo abrió la puerta a uniones legales entre personas del mismo sexo en nombre de la lucha contra la discriminación. El Corte Supremo de Justicia invalidó un anterior referéndum, el de 2000, que define el matrimonio como una unión entre dos personas de sexos opuestos.

La campaña para prohibir el matrimonio homosexual se ha centrado en particular en el electorado hispano, en su mayoría católico y conservador. Los estados de Florida y Arizona han aprobado propuestas similares en referéndum. La prohibición del matrimonio homosexual fue aprobado con 62% de los votos en la Florida y el 38% en Arizona. En Arkansas, los votantes decidieron evitar que las parejas no casadas - homosexuales o no - adopten niños.

El matrimonio entre personas del mismo sexo en España fue legalizado en 2005. Aproximadamente 4.500 parejas del mismo sexo se han

casado en España en el primer año desde que se aprobó esta Ley. La Ley nº. 13/2005[19] modificó el Código Civil español en relación con el matrimonio, cambiando el párrafo segundo del Art. 44, en lo siguiente: „El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

España fue el tercer país del mundo después de los Países Bajos y Bélgica en la adopción de una ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Poco después de la aprobación en España, Canadá aprobó una ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde el 2009 en Noruega también, se reconocen los matrimonios entre personas del mismo sexo. Irlanda y Grecia siguen el debate sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Los países de Europa Oriental no reconocen y no permiten este tipo de matrimonios.

c) El consentimiento matrimonial.

El matrimonio se formalizará con el consentimiento libremente expresado por cada uno de los cónyuges en la respuesta afirmativa a las preguntas del oficial de estado civil para cada uno de los cónyuges, en el sentido si desean contraer matrimonio.

Cuando uno de los futuros cónyuges está en la imposibilidad de hablar (por ejemplo, es mudo o sordo-mudo), el consentimiento podrá expresarse por gestos o de cualquier otra manera, pero debe ser inconfundible. El consentimiento de surdo-mudo, o de los que hablan una idioma que no la conoce el oficial del estado civil se da en la presencia de un intérprete, lo que significa que se va a consignar en un informe[20].

El consentimiento se da ante el oficial del estado civil, en el momento de la celebración del matrimonio y esta expresado por cada uno de los cónyuges.

Hay casos en los que se considera que el consentimiento para contraer matrimonio está ausente:

---

[19] Publicada en el Boletín Oficial del Estado (España) núm. 157 de 02-07-2005.

[20] Ion FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 4ª ed., Bucarest, All Beck, 1998, p. 20.

- cuando uno de los cónyuges no responde o responde negativamente al oficial del estado civil y, sin embargo, este oficia el matrimonio;
- el alienado mental o el debil mental se compromete a casarse en el momento en que no es lúcido o en su momentos lúcidos pasajeros;
- el matrimonio ficticio, es decir, lo que no se formaliza para formar una familia.

Para celebrar un matrimonio válido el consentimiento no debe ser viciado.

Vicios del consentimiento son el error, el dolo y la violencia.

"El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio". Contempla este precepto legal el supuesto, más bien raro, de quien contrae matrimonio con una persona creyendo que es otra. Para que se produzca este error se requiere que exista un error en la identidad física del otro cónyuge .

El error en la identidad de la persona en el momento de la prestación del consentimiento (A quiere contraer matrimonio con B y contrae con C, creyendo que es B) es infrecuente y puede producirse cuando el contrayente que padece el error está afectado por una anomalía física o psíquica, permanente o transitoria, a la que podría reconducirse la causa que origina la nulidad del acto jurídico celebrado.

El dolo implica el uso de medios deshonestos de un cónyuge con el fin de determinar al otro cónyuge a celebrar el matrimonio. En la práctica judicial se ha mantenido el vicio de consentimiento por dolo, cuando se había escondido el estado de embarazo resultado de las relaciones íntimas antes del matrimonio[21], cuando se oculta una enfermedad grave incompatible con la vida familiar normal[22], cuando la mujer ocultó la imposibilidad de tener hijos[23] o la impotencia masculina para realizar acto sexual[24].

---

[21] El Tribunal Supremo, sección civil, la decisión nº. 1049/1976, CD/1976, p. 160.

[22] El Tribunal Supremo, sección civil, la decisión nº. 2042/1976, en „Revista română de drept" nº. 5/1977, p. 67.

[23] El Tribunal Supremo, sección civil, la decisión nº. 629/1975, en „Revista română de drept" nº. 11/1976, p. 42.

[24] El Tribunal Supremo, sección civil, la decisión nº. 2042/1976, en „Revista română de drept" nº. 5/1977, p. 67.

El dolo debe expresarse sobre las cualidades esenciales del futuro cónyuges que, de haberse sabido no se habría contraido el matrimonio. Sin embargo, estas cualidades deben ser necesarias para la celebración del matrimonio (es el ejemplo de la salud, que es una cualidad necesaria para contraer el matrimonio. En cambio, el estado material no es cualidad necesaria para contraer matrimonio).

La violencia implica una coacción psicológica ejercida sobre una persona (el cónyuge), a fin de celebrar el matrimonio.

Se ha decidido que si el consentimiento matrimonial de uno de los futuros cónyuges ha sido viciado por la violencia ejercida por el padre, el matrimonio será declarado nulo si el recurso fue presentado dentro del plazo legal[25]. El temor reverencial, que es el respeto a los padres o a otros familiares, no se considera vicio de consentimiento para el matrimonio.

d) Comunicación mutua del estado de salud.

Para celebrar el matrimonio, los futuros esposos están obligados a declarar que saben el estado de la salud del otro. El propósito de este requisito es doble: en primer lugar el médico - la ley impide el matrimonio de los que padecen ciertas enfermedades[26] y, en segundo lugar, cada uno de los futuros cónyuges deben ser consciente del estado de salud del otro para evaluar libremente si quiere contraer matrimonio o no.

La comunicación mutua de salud se añade a la declaración del matrimonio, en la siguiente forma: "Declaramos que tenemos pleno conocimiento reciproco de nuestro estado de salud con el fin de contraer el matrimonio", a los actos que incluyen los resultados de los exámenes médicos que los futuros cónyuges deben de hacer para celebrar el

---

[25] Ion FILIPESCU, Andrei FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 8ª ed. revisada y completada, Bucarest, Universul Juridic, 2006, p. 33; El Tribunal de Cluj, cl. I, decisión nº. 1246 de 23 noviembre de 1961, en *Legalitatea Populară* núm. 12/1961, pp. 103-104.

[26] La persona que se encuentre en el territorio rumano estará sujeto a las medidas para prevenir y combatir las enfermedades transmisibles, ordenadas por las unidades de salud. Según el Art. 9 Código de la Familia, el loco y el débil mental no se pueden casarse.

matrimonio (nos referimos al certificado prenupcial, que incluye los resultados de los exámenes médicos venéreo, neuropsicológico y pulmonario).

e) La falta de impedimentos para contraer matrimonio.

Apreciamos que la falta de impedimentos para el matrimonio constituye un requisito de fondo, la división de requisitos de fondo en las requisitos de fondo en sentido limitado, y impedimentos para el matrimonio como una enseñanza doctrinal con finalidad eminentemente didáctica sin apoyo legal y sin consecuencias jurídicas prácticas.

Los requisitos de fondo son requisitos básicos de la ley, positivos o negativos, y los impedimentos son las situaciones de hecho contrarias a las exigencias (requisitos formulados en sentido negativo como „el matrimonio está prohibido entre....” o „no se puede casar...” o „esta detenido el matrimonio entre...”). Los futuros cónyuges deben mostrar el cumplimiento de los requisitos de fondo y que no haya impedimentos legales para el matrimonio. En otras palabras, los futuros cónyuges deben mostrar que cumplen los requisitos de la ley, sin importar que estos sean positivos o negativos.

Los impedimentos para el matrimonio son las circunstancias de hecho o de derecho cuya existencia impide la consecución del matrimonio. Los impedimentos se invocan contra los futuros esposos a través de la oposición del oficial del estado civil de celebrar el matrimonio.

En conformidad con las disposiciones de los Arts. 5-9 del Código de la Familia, las siguientes circunstancias constituyen impedimentos para el matrimonio:

i) La existencia de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges.

Según al Art. 5 del Código de Familia está prohibido casarse con el hombre que está casado o con una mujer que está casada. Está consagrado el principio de la monogamia, que sólo la persona que no está casada, está divorciada o es viuda se puede casar, estando prohibida la poligamia (el matrimonio de un hombre con varias mujeres) y la poliandria (matrimonio de una mujer con varios hombres).

No hay bigamia si la persona vuelve a casarse después de que su marido fuera declarado muerto por una decisión judicial irrevocable, pero después del nuevo matrimonio la decisión de declaración de la muerte fue cancelada por la aparición del primer cónyuge. En esta situación, sigue siendo válido el segundo matrimonio, el primero considerándose nulo en el momento de contraer el segundo matrimonio, según el Art. 22 del Código de Familia.

ii) El parentesco.

Según el Art. 6 del Código de Familia está prohibido el matrimonio entre parientes en línea recta, independientemente del grado de relación (por ejemplo, el matrimonio es entre padre e hija, entre abuelo y nieta), y en línea secundaria hasta el grado 4 (por ejemplo, está prohibido el matrimonio entre tío y sobrina, tía y sobrino).

Por algunas razones, el matrimonio entre parientes del grado 4 se puede permitir por el alcalde de la capital o presidente de Consejo Provincial, en cuyo territorio está domiciliada la persona que pide su aprobación.

iii) La adopción.

Como se muestra en Art. 7 del Código de Familia, el matrimonio está prohibido entre el adoptante o sus ascendientes, en primer lugar, adoptado y sus descendientes, por otra parte; entre los niños de adoptante y adoptado o hijos de éstos; los adoptados por la misma persona. Y en este caso, por razones, el alcalde general de la capital o el presidente del Consejo Provincial en cuyo territorio está domiciliada la persona que pide la aprobación pueden aprobar el matrimonio entre los hijos del adoptante, por un lado, y el adoptante o sus hijos por la otra, o el matrimonio entre las adoptados por la misma persona.

iv) La tutela.

Según el Art. 8 del Código de Familia, durante la tutela, el matrimonio está prohibido entre el tutor y el menor bajo su tutela.

v) La debilidad mental o locura.

Según el Art. 9 del Código de Familia está prohibido para casarse el alienado mental, el débil mental, también el que se encuentra temporal-

mente privado de las facultades mentales, mientras que el no tiene discernimiento sobre sus actos.

En el caso del alienado o débil mental el matrimonio está prohibido, porque, por un lado, estas personas no pueden expresar un consentímiento válido y, por otro lado, existe el riesgo de engendrar niños con deficiencias mentales.

En el caso de personas que son privadas de las facultades mentales, el matrimonio no se puede formalizar cuando las personas no tienen el discernimiento, lo que significa *per el contrario* que en los períodos en que estas personas tienen discernimiento pueden celebrar un matrimonio válido.

La falta de las facultades mentales constituye un obstáculo a la conclusión jurídica temporal del matrimonio, que sólo está activo en el momento en que la persona no tiene discernimiento de sus hechos, debido a causas tales como enfermedad, la embriaguez, la hipnosis, etc.

El matrimonio es un derecho fundamental del hombre. El Art. 16, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho a casarse sin restricciones de raza, nacionalidad o de religión.

Por lo tanto, está prohibida en la legislación rumana la existencia de restricciones para ejercitar el derecho de la persona para casarse y fundir una familia a base de contentos de raza, nacionalidad, o religión.

Siempre que a través de la reglamentación se establezcan restricciones, se aplicará con prioridad el derecho internacional[27] que ofrece a las personas que cumplen los requisitos legales la posibilidad para

[27] La Constitución rumana establece que las disposiciones constitucionales que se refiere a los derechos y libertades de los ciudadanos debe interpretarse y aplicarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los pactos y los otros tratados en que Rumanía esta parte. En caso de que las normas internacionales (la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados en que Rumanía es una de las partes) y leyes siempre hay discrepancia prevalecerán las normas internacionales, a menos que la Constitución o las leyes contienen disposiciones más favorables.

contraer matrimonio sin restricciones por motivos de raza, sexo, religión, o nacionalidad.

Contrario a la ley constitucional en nuestra legislación interna existen situaciones en que el matrimonio de algunos ciudadanos rumanos está restringido por motivos de la ciudadanía[28].

Se trata del Art. 18. 1 de la Ley nº. 195/2000 sobre la constitución y la organización del clérigo militare[29], según el cual el matrimonio de los sacerdotes o militares con un apátrida que no tiene exclusivamente la ciudadanía rumana está sujeta a la aprobación previa de los jefes de las instituciones en las que están empleados[30].

Apreciamos que a través de estas disposiciones se viola el principio de la igualdad de derechos consagrados en el Art. 16. 1 de la Constitución[31], creando una situación discriminatoria para las personas que se casan y los sacerdotes militares, porque ellas están sujetas a requisitos legales adicionales en relación con los demás ciudadanos.

Este texto legal es desfavorable con respecto a las normas internacionales, de modo que en virtud de la Constitución tienen prioridad las normas internacionales, que no establecen tales restricciones.

Si la restricción fue determinada por el deseo del legislador de eliminar los riesgos que puedan derivarse para la defensa nacional y la seguridad, tras el establecimiento de relaciones jurídicas de la familia entre los sacerdotes militares, por un lado, y los apátridas que no tienen o no tienen exclusivamente la ciudadanía rumana, y en segundo lugar, que

---

[28] V. la discusión en ese sentido, Teodor BODOAŞCĂ, „Unele aspecte critice sau controversate în legislaţia şi doctrina românească din domeniul dreptului familiei", *Dreptul* núm. 3/2004, pp. 106-114.

[29] Publicada en el Boletín Oficial de Rumanía núm. 561 del 13 de noviembre de 2000.

[30] Además de Ministerio de Defensa Nacional se componen de las estructuras militares siguientes autoridades públicas: el Ministerio de Administración e Interior, el Servicio Rumano de Información, el Servicio de Protección y Seguridad, Servicio de Información Exterior, Servicio Especial de Telecomunicaciones.

[31] Según el Art. 16. 1 de la Constitución de Rumanía, los ciudadanos son iguales ante la ley y las autoridades públicas, sin privilegios y sin discriminación.

hay otras personas o relaciones que impliquen el mismo riesgo o mayor, pero a la que se impone ninguna restricción. Nos referimos a los militares, a las personas del sistema de seguridad y la defensa nacional, que gestiona todos los aspectos de seguridad y defensa nacional, el ministro de la Defensa Nacional y el Director del Servicio Rumano de Información, las personas civiles, que pueden casarse con personas de cualquier nacionalidad o apátridas.

Del mismo modo, los alumnos y los estudiantes militares no entran bajo la restricción mencionada, a pesar de que, tras la finalización de la enseñanza militar, se convierte en personal militar activo.

Esta legislación discriminatoria existente se encuentra también en el Art. 29 letra (f) de la Ley nº. 80/1995 sobre la situación de los militares, que los militares en activo[32] (es decir, suboficiales, maestros militares, militares que tienen una función militar, sin entrar en esta categoría los reclutas, los alumnos y estudiantes de las instituciones militares), puede casarse con una persona apátrida o que no tiene exclusivamente la ciudadanía rumana sólo con la aprobación del ministro de la Defensa Nacional, o de un conductor que tiene la autoridad en la estructura militar en que trabaja el militar en cuestión.

Esta disposición legal, sin embargo, fue expresamente abrogada por la Ley nº. 81/2007[33], de modo que ahora los militares pueden contraer matrimonio libremente sin que su unión esté sujeta a ninguna aprobación previa.

2.2. Los requisitos de forma necesarios para la celebración del matrimonio.

Requisitos de forma para la celebración del matrimonio se determinarán según el carácter solemne y se refieren a los siguientes objetivos:

- recordar a los futuros cónyuges la importancia del matrimonio legal que se va a celebrar;

[32] Publicada en el Boletín Oficial de Rumanía núm. 155 del 20 de julio de 2005.

[33] Publicada en el Boletín Oficial de Rumanía núm. 236 del 5 de abril de 2005.

- la obligación de los futuros esposos para hacer pública su intención de casarse;
- asegurar el estado de hecho para los futuros cónyuges y para el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la validez del matrimonio;
- garantizar la posibilidad de que terceros hagan la oposición al matrimonio;
- garantizar el marco jurídico institucional necesario y operativo necesario para verificar el cumplimiento de los requisitos legales de los futuros cónyuges para la válida celebración del matrimonio;
- garantizar que la publicidad del matrimonio sea aplicable *erga omnes*.

Tanto previamente a la celebración del matrimonio, como en el momento de su celebración ciertas formalidades deben cumplirse.

Por lo tanto, antes de celebrar el matrimonio los cónyuges expresan su voluntad de celebrar un matrimonio a través de preparación de la declaración del matrimonio.

Esta declaración es personal para cada de los futuros cónyuges, por escrito, dirigida a la institución pública donde se celebra el matrimonio. En virtud del Art. 12.2 del Código de la Familia, cuando uno de los cónyuges no está en la misma localidad, hará la declaración de matrimonio en la administración pública en el lugar donde se encuentra, y la remitirá en un plazo de 48 horas al Registro Civil del lugar donde el matrimonio se celebrara. Según el Art. 38.2 de la Metodología nº. 1/1997 para la aplicación uniforme de las disposiciones de la Ley nº. 119/1996 con respecto a los actos de estado civil, si los dos futuros cónyuges son extranjeros o ciudadanos rumanos que residen en el extranjero, la declaración de matrimonio se puede hacer en el ayuntamiento de la ciudad donde residen temporalmente.

La declaración incluirá la voluntad de los cónyuges para contraer el matrimonio, su declaración de la comunicación mutua de salud, declaración de que cumple los requisitos de fondo, que no existen impedimentos para el matrimonio y la declaración sobre el apellido que los cónyuges van a llevar después del matrimonio. Sin embargo, si los futuros esposos han hecho declaraciones de matrimonio en diferentes

servicios de Registro Civil, la declaración incluirá una nota sobre el lugar donde se va a celebrar el matrimonio.

A esta declaración se deberán añadir el Documento Nacional de Identidad (DNI) de los futuros cónyuges, sus certificados de nacimiento y las dispensas, sólo cuando son necesarias[34]. La declaración del matrimonio se registrará, y se publicará en una plantilla del Ayuntamiento donde vayan a formalizar el matrimonio. El matrimonio se celebrará dentro de 10 días contados de la fecha en que la declaración de matrimonio fue escrita, en este período se incluye, según el Art. 29 de la Ley nº. 119/1996, el día en que fue escrito la declaración del matrimonio y el día en que se oficiará el matrimonio. Este período podrá ser reducido con la aprobación del alcalde de la localidad donde se formalizará el matrimonio, si hay motivos (por ejemplo, la futura esposa está embarazada y el nacimiento tendrá lugar dentro de 10 días a partir de la declaración de matrimonio; el futuro esposo es militar y tiene un permiso de menos de 10 días; el futuro marido tiene que ir para estudiar o tiene una misión en el extranjero en el período de 10 días a partir de la declaración de matrimonio).

La presentación a inscripción de la declaración de matrimonio no tiene ninguna importancia como antecontrato de un matrimonio, no tiene valor legal, no crea ninguna obligación de celebrar el matrimonio. Pero, la revocación intempestiva de la promesa de matrimonio, como en caso del compromiso, puede generar una acción para la indemnización, si son cumplidas las condiciones de responsabilidad delictual civil (Art. 998 del Código Civil).

---

[34] En conformidad con el Art. 28 de la Ley nº. 119/1996 y el Art. 42.2 de la Metodología nº. 1/1997 para la aplicación uniforme de las disposiciones de la Ley nº. 119/1996, los documentos probatorios son: el acto de identidad, el certificado de nacimiento, en original y copia; el certificado médico de salud; actos, el original y copia traducida y legalizada o certificada por el oficial del Registro Civil, donde se menciona la disolución, la terminación o la disolución del matrimonio anterior, si se impone eso. El archivo de matrimonio puede contener, dependiendo de las circunstancias, la decisión de conceder una dispensa de edad, de parentesco, de adopción, la decisión del Alcalde de la localidad de declaración de matrimonio antes de la finalización plazo de 10 días después de la presentación de la declaración de matrimonio.

La oposición al matrimonio es el acto por medio del cual una persona notificará al oficial del Registro Civil de los circunstancias de hecho o de derecho que no permiten la formación del matrimonio[35].

La oposición deberá hacerse por escrito en un plazo de 10 días a partir de la fecha de publicación de la declaración de matrimonio, debe demostrar el hecho de que no se puede formalizar el matrimonio y mostrar pruebas en que se basa la oposición.

La oposición se puede hacer por cualquier persona o incluso de oficial del Registro Civil en el intervalo de tiempo entre la fecha de presentación de la declaración del matrimonio y el momento de la celebración.

Si la oposición se justifica entonces el oficial del Registro Civil niegará la celebración del matrimonio, elaborando un nota de comprobación. Suponiendo que para las verificaciones necesarias es necesario un tiempo más largo, el oficial del Registro Civil puede aplazar el momento de la celebración de matrimonio.

Por fin, si el Encargado considera que la oposición no tiene fundamento no lo va tener en cuenta y procederá a celebrar el matrimonio.

En caso de denegación para la celebración del matrimonio, el solicitante tiene derecho a dirigirse directamente a los tribunales.

Las objeciones que no se hicieron para cumplir los requisitos legales son actos oficiales para informar al delegado de Registro Civil. Estos actos no son vinculantes para el oficial del Registro Civil, de modo que no está retenido para suspender la celebración del matrimonio o para denegarse a la celebración de ella.

La necesidad de cumplir ciertas formalidades existe también en el momento de la celebración del matrimonio.

---

[35] Ion FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 4ª ed., Bucarest, All Beck, 1998, p. 31.

Por lo tanto, el matrimonio se oficiará en la ciudad en el que los cónyuges tengan su domicilio o residencia; se celebrará en la sede de la Administración Pública, salvo los casos en que uno de los cónyuges se vea impedido de trasladar la sede de la Administración Pública a causa de una dolencia, una enfermedad grave, embarazo adelantada o por una muerte inminente[36].

El matrimonio pueda celebrarse y al bordo de un buque bajo la bandera de Rumanía durante un viaje en el extranjero. Según el Art. 8 de la Ley nº. 119/1996, el matrimonio es celebrado por el comandante del buque que ejerza poderes del oficial del Registro Civil y está insereto en el diario de bordo. A su llegada al país, el comandante del buque está obligado a presentar una copia certificada de la inscripción hecha por el capitán del puerto donde el buque está matriculado, ante el Ayuntamiento del sector 1 de Bucarest que emitirá el certificado de matrimonio.

El matrimonio no podrá ser concluido en un avión, incluso en el extranjero. Esto resulta por una interpretación *per a contrario* del Art. 8.4 de la Ley nº. 119/1996, que menciona „si el nacimiento o la muerte ocurre en un avión durante un viaje fuera del territorio de Rumanía, el evento es inscrito por el comandante de la aeronave en el cuaderno de ruta".

Podemos observar que el texto sólo hace referencia a dos acontecimientos que se producen en una aeronave: el nacimiento y la muerte, sin incluir las referencias al matrimonio. La referencia explícita a dos actos de estado civil, lleva a la conclusión de que era conveniente excluir la posibilidad de celebrar un matrimonio en un avión (aeronave).

El matrimonio se celebrará ante el oficial del Registro Civil ante 2 (dos) testigos que firmen el certificado de matrimonio.

El matrimonio es un acto público, en cuyo celebración puedan participar cualquier persona.

El oficial del Registro Civil procede a identificar a los futuros cónyuges, encuentra los requisitos de fondo, la falta de impedimentos

---

[36] Ion FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 4ª ed., Bucarest, All Beck, 1998, p. 33.

para el matrimonio, la falta de oposición, nota el consentimiento de los futuros cónyuges, y después declara el matrimonio. Posteriormente, lee a los cónyuges las disposiciones del Código de la Familia en relación con los derechos y obligaciones de los cónyuges, redacta el acta de estado civil, firmado por los cónyuges, los testigos, el oficial del estado civil y emitirá un certificado de matrimonio para los cónyuges.

El matrimonio concluye cuando el oficial del Registro Civil considera válido el consentimiento de los futuros cónyuges y los declara casados.

La formación de matrimonio implica la respuesta afirmativa de cada uno de los futuros cónyuges a la pregunta del oficial del Regstro Civil si quieren casarse el uno con el otro. En este sentido, la frase latina „*qui tacet, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur"* (quien calla cuando puede y debe hablar, confiesa o admite que consiente) no puede aplicarse[37].

La prueba de la formación del matrimonio es el certificado de matrimonio.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos señaló que por la legislación nacional de los estados miembros se regularizan los requisitos de fondo y de forma para contraer el matrimonio, las limitaciones a la publicidad y la celebración del matrimonio, la capacidad, consentimiento, impedimentos para el matrimonio, sin afectar los previstos en el Art. 12 del Convenio Europeo que rigen el derecho a contraer matrimonio.

Por lo tanto, la prohibición impuesta a una persona de casarse por un periodo de máximo 3 años viola el Art. 12 del Convenio Europeo que garantiza el derecho de los divorciados a volver a casarse sin sufrir restricciones irrazonables[38].

En conclusión, el matrimonio civil es un acto jurídico solemne (celebrado en las formas previstas por la ley, la conclusión y la inscripción es responsabilidad exclusiva del Estado), libremente consentido (esposos

---

[37] En la materia civil, a veces el silencio puede significar la aceptación.

[38] Caso F. contra Suiza, Sentencia de 18 de diciembre de 1987, www.echr.coe.int .

expresan su libre consentimiento, basado en el mutuo afecto entre ellos), con carácter de monogamia (el amor implica la monogamia), que está formado por toda la vida, se basa en la plena igualdad entre el hombre y la mujer (esta igualdad se manifiesta en la relación tanto entre los cónyuges como los niños). La igualdad entre el hombre y la mujer supera esfera de las relaciones familiares, hay en todos los ámbitos de la vida social, su finalidad siendo el establecimiento familiar.

Cuando un matrimonio se formaliza por cualquier otro propósito que el establecimiento de una familia, estamos ante un matrimonio ficticio, afectada de nulidad absoluta.

En la práctica jurídica rumana, fue notado el ficticio del matrimonio en caso de dos cónyuges, ciudadanos rumanos, que se casaron el 29 de octubre de 1998 en Grecia, y cada uno de ellos quedando su proprio apellido. Después de la celebración del matrimonio, los cónyuges han regresado a Rumanía, donde, sin declarar la existencia del matrimonio, se casaron de nuevo ante el Ayuntamiento de Iasi el 24 de junio de 2000, pero ahora la esposa guardó su apellido y el esposo tomando el apellido de su esposa. El 29 de octubre de 2000, la esposa nación un niño y también, como consecuencia de la celebración del segundo matrimonio, transcribe en el Registro Civil del Ayuntamiento de Iasi el certificado del primer matrimonio que fue contraído en Grecia. En 2002, la esposa pide al Juzgado de Iasi la comprobación de la nulidad del matrimonio celebrado en Rumanía el 24 de junio de 2000, como ficticio, como resultado de fraude a la Ley, el marido deseando de este nuevo matrimonio sólo el cambio del apellido para recibir una nueva identidad y un nuevo pasaporte, ya que para ciertos actos ilícitos cometidos en Grecia, le ha sido aplicada por las autoridades griegas la prohibición de estancia en Grecia.

El Tribunal admitió la acción, tomó nota de la nulidad del segundo matrimonio, y ordenó que el marido regresara al apellido inicial. Visto a la demandante se admitió la su buena fe, mantenerse que ella no conocía el propósito para cual el acusado insistió para celebrar el matrimonio en Iasi, ella estuvo de acuerdo con la unión para celebrar una ceremonia a la que asistirán familiares y amigos[39].

[39] Tribunal de Iasi sentencia civil nº. 60 de 3 de febrero de 2003, publicada en *Dreptul* nº. 7/2004, pp. 201 - 203, con exposición de parte crítica de Gabriela LUPŞAN.

La sentencia pone plantea los siguientes problemas con carácter jurídico: la existencia y validez de los matrimonios ficticios, cuando el objetivo del marido que tenía prohibido el acceso al zona Schengen fue la adquisición de otro apellido; la posibilidad de cubrir la nulidad absoluta del matrimonio; el carácter unilateral o bilateral de ficticio del matrimonio, cuestiones que no se traten en lo que sigue.

El matrimonio ficticio no está expresamente previsto entre las causas de nulidad del matrimonio, pero la literatura[40] y la práctica judicial[41] reconoce unánimemente el carácter nulo de este matrimonio, porque de lo contrario significaría que en ausencia de disposiciones expresas para celebrar un matrimonio en fraude de la Ley para ser válida, no puede ser abolido.

El matrimonio ficticio es el celebrado para conseguir determi-nados efectos secundanoso para fraudar la Ley, sin distinguir que este efecto fue seguido de uno sólo o de ambos cónyuges[42].

De esta definición se deduce que una condición del matrimonio ficticio es su celebración para fines distintos de la creación de una familia, que es sólo aparente, sin la intención de crear relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. Desde este punto de vista, el matrimonio celebrado en Iasi es ficticio, mientras que el marido ha tratado sólo para crear una nueva identidad, para escapar de las prohibiciones notas en su pasaporte por las autoridades griegas.

---

[40] Bogdan Dumitru MOLOMAN, *Căsătoria civilă şi religioasă în dreptul* român, Bucarest, Universul Juridic, 2009, pp. 210-211; Ioan ALBU, *Dreptul familiei*, Bucarest, Didactica si Pedagogica, 1975, pp. 93-95; Alexandru BACACI, Codruţa HAGEANU, Viorica-Claudia DUMITRACHE, *Dreptul familiei*, Bucarest, All Beck, 1999, pp. 112-113; Gabriela LUPŞAN, *Dreptul familei*, Iasi, Junimea, 2001, p. 95; Emese FLORIAN, *Dreptul familiei*, Cluj-Napoca Limes, 2003, pp. 60-62; Maria HARBĂDĂ, *Dreptul familiei şi starea civilă*, Iasi, Editorial de la Universidad Alexandru Ioan Cuza, 2003, p. 65; Ion FILIPESCU, Andrei FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 6ª ed. , Bucarest, All Beck, 2001, pp. 182-187.

[41] El Tribunal Supremo, sección civil, la decisión nº. 410/1977, en „Revista română de drept" nº. 8/1977, p. 62; El Tribunal Supremo, sección civil, la decisión nº. 1732/1970, CD/1970, p. 17.

[42] Ion FILIPESCU, Andrei FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 6ª ed. , Bucarest, All Beck, 2001, p. 186.

En la práctica se observaron como propósitos para la celebración ficticia del matrimonio: eludir la responsabilidad penal del autor para el delito de violación[43], la obtención de un préstamo bancario para la compra de una vivienda para los jóvenes casados[44], la adquisición de una herencia testamentaria con la condición de calidad de persona casada, la obtención de la ciudadanía rumana por un extranjero, la obtención de una parroquia por un sacerdote[45].

Con la realización del segundo matrimonio, en el caso examinado, se trató de lograr una operación de recurrir a unas leyes, pero distintamente para que se editaran, por lo tanto, de este modo siendo en la presencia de fraude en la Ley. En la práctica judicial se ha decidido que un matrimonio contraído con el fin de que únicamente uno de los cónyuges pueda resolver un interés particular, al ser ficticio, es afectado por la nulidad absoluta[46].

Al parecer, ante las autoridades rumanas, en la fecha de la celebración del segundo matrimonio, las partes fueron personas solteras, pero en realidad entre ellos existían algunas relaciones matrimoniales, después del matrimonio celebrado en Grecia.

La Ley nº. 119/1996 establece que los documentos de estado civil de los ciudadanos rumanos, expedidos por autoridades extranjeras son válidos dentro del territorio rumano sólo si se inscriben en los registros

---

[43] El Tribunal Supremo, sección civil, la decisión nº. 1342/1983, CD/1983, p. 98. En las condiciones actuales, por la Ley nº. 197/2000 por el que se modifican y completan algunas disposiciones del Código Penal, se deroga los reglamentos que establece la cláusula para no castigar el delincuente en caso de matrimonio con la víctima de violación, lo que significa que un matrimonio contraído con este fin no eliminá la responsabilidad penal. V. CIOIA, Pantilimon, „Modificarea conținutului infracțiunii de viol prin Legea nr. 197/2000", en *Dreptul* núm. 3/2001, pp. 3-6.

[44] Tribunal de Satu Mare, decisión civil nº. 310/1994, citado por Emese FLORIAN, *Dreptul familiei*, Cluj-Napoca Limes, 2003, p. 61, nota 156 y de Gabriela LUPŞAN en *Dreptul* núm. 7/2004, p. 205, nota 7.

[45] Tribunal de Satu Mare, decisión civil nº. 38/1994, citado por Emese FLORIAN, *Dreptul familiei*, Cluj-Napoca Limes, 2003, p. 61, nota 156 y de Gabriela LUPŞAN en *Dreptul* núm. 7/2004, p. 205, nota 8.

[46] El Tribunal Supremo, sección civil, la decisión núm. 1732/1970, CD/1970, p. 17.

de estado civil rumano, cuya transcripción se solicita en un plazo de 6 meses a partir del regreso al país o de la entrega de un certificado extranjero o de la declaración del estado civil. Esas leyes deben ser respetadas por las partes.

Aún si se acepta la posibilidad de nulidad absoluta del matrimonio, en el caso citado esta cobertura no puede tener lugar, porque por un lado, las partes están legalmente casadas, por el acto que fue celebrado en Grecia, y por otro lado, el fraude de la Ley no se puede cubrir.

Con razón, en la literatura de especialidad[47], se ha criticado la nota de la buena fe del demandante y a consecuencia el carácter unilateralmente, de ficción, de modo que no importa que el demandante conociera o no la verdadera razón de su marido para el segundo matrimonio, aquel de la obtención de otro apellido. La celebración del matrimonio en Rumanía ha sido posible sólo por ocultación de ambas partes de la existencia de un matrimonio celebrado en el extranjero. Por lo tanto, manteniendo el silencio sobre la primera unión celebrada en el extranjero, el reclamante fue también de mala fe en el momento de la celebración del segundo matrimonio.

Desde la nota de la buena fe del reclamante deriva una serie de consecuencias, a saber: sólo la reclamante tiene el derecho a la manutención por parte del demandado que, siendo de mala fe, se considera que nunca ha tenido la calidad de esposo; en caso de que hasta la decisión judicial firma e irrevocable de constatación de la nulidad absoluta, el demandante se murió, la demandante en su calidad de cónyuge sobreviviente tuviera el derecho a la herencia.

3. BIBLIOGRAFÍA

1. Ioan ALBU, *Dreptul familiei*, Didactica si Pedagogica, Bucarest, 1975.
2. Adriana CORHAN, *Dreptul familiei. Curs. Teorie şi practică*, ed. revisada y completada, Augusta, Timişoara, 2000.
3. Alexandru BACACI, Codruţa HAGEANU, Viorica-Claudia DUMITRACHE, *Dreptul familiei*, All Beck, Bucarest, 1999.

[47] Gabriela LUPŞAN en *Dreptul* núm. 7/2004, p. 207.

4. Teodor BODOAŞCĂ, "Unele aspecte critice sau controversate în legislația şi doctrina românească din domeniul dreptului familiei", *Dreptul* nú. 3/2004.
5. Pantilimon CIOIA, "Modificarea conținutului infracțiunii de viol prin Legea nr. 197/2000", *Dreptul* núm. 3/2001.
6. Ion FILIPESCU, Mihai JACOTĂ, *Drept internațional privat*, Didactică şi Pedagogică, Bucarest, 1968.
7. Ion FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 4ª ed., All Beck, Bucarest, 1998.
8. Ion FILIPESCU, Andrei FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 6ª ed. , All Beck, Bucarest, 2001.
9. Ion FILIPESCU, Andrei FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, 8ª ed. revisada y completada, Universul Juridic, Bucarest, 2006.
10. Ion FILIPESCU, Andrei FILIPESCU,*Tratat de drept internațional privat*, ed. revisada y completada, Universul Juridic, Bucarest, 2005.
11. Emese FLORIAN, *Dreptul familiei*, Limes, Cluj-Napoca, 2003.
12. Gabriela Cristina FRENȚIU, Bogdan Dumitru MOLOMAN, *Elemente de dreptul familiei şi de procedură civilă*, Hamangiu, Bucarest, 2008.
13. Alin Gheorghe GAVRILESCU, „Capacitatea de a încheia căsătoria", *Dreptul* núm. 1/2009.
14. Anthony GIDDENS, *Sociologie*, 3ª ed., ALL, Bucarest, 2001.
15. Maria HARBĂDĂ, *Dreptul familiei şi starea civilă*, Editorial de la Universidad Alexandru Ioan Cuza, Iasi, 2003.
16. Gabriela LUPŞAN, *Dreptul familei*, Junimea, Iasi, 2001.
17. Bogdan Dumitru MOLOMAN, "Consideraciones sobre el matrimonio religioso en Rumania", *Revista General de Derecho Canonico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, enero de 2009 (RI § 407322), Madrid, www.iustel.com.
18. Bogdan Dumitru MOLOMAN, *Căsătoria civilă şi religioasă în dreptul român*, Universul Juridic, Bucureşti, 2009.
19. John MONEY, Arme A.EHRHARDT, *Man & woman, boy & girl: the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1972.
20. Corneliu Liviu POPESCU, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului 1999-2002*, All Beck, Bucarest, 2003.

Derecho
de Daños

APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO EN EL DERECHO URUGUAYO.

PERSPECTIVA DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIAL

Fernando R. Barrios Migliarini (*)

"El buen abogado no es aquel hombre que tiene un ojo en cada lado y el ángulo de la contingencia, y que califica todos sus títulos, sino aquel que se entrega a tu parte tan candorosamente que puede sacarte de un apuro"

Ralph Waldo Emerson (**)

RESUMEN:

En el presente trabajo se considera la temática relativa a la responsabilidad civil del abogado, con especial referencia al Derecho uruguayo pero refiriendo a su vez las soluciones que en la materia ofrece el Derecho Comparado (España, Argentina, Brasil, sistemas del *common law*). Se ofrecen nociones propedéuticas sobre la historia y función social de la abogacía, se estudia el concepto y los presupuestos de la responsabilidad civil, se considera todo lo relativo a la responsabilidad civil profesional ofreciéndose ejemplos prácticos y jurisprudenciales –a nivel de Derecho Comparado– respecto de las distintas hipótesis generadoras de responsabilidad y, finalmente, se analiza la cuestión de los rubros indemnizables y la fijación del *quantum debeatur.*

(*) Procurador. Facultad de Derecho – Universidad de la República. Mención de Honor y Mención de Honor Especial Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la UDELAR. Premio Regional Sudamericano Gustave Moynier del CICR y la UNLP. Premio Nacional Aportando al Medio Ambiente de Hughes & Hughes Abogados. / Asociado de Hughes & Hughes Abogados. fbarrios@hughes.com.uy

(**) "The good lawyer is not that man who has an eye to every side and angle of contingency, and qualifies all his qualifications, but who throws himself on your part so heartily, that he can get you out of a scrape".

ABSTRACT:

This work considers issues concerning civil liability of counsel, with special reference to the Uruguayan law but referring to turn the solutions that matter provides the comparative law (Spain, Argentina, Brazil, the common law systems). It offers propaedeutic notions about the history and social function of the legal profession, examines the concept and the budgets of civil liability, considers all concerning to the professional civil liability offering practical and comparative examples – at the level of comparative law - generating different assumptions regarding of liability indemnity, and finally, discusses the question of compensable items and the fixing of the *quantum debeatur.*

PALABRAS CLAVE:

Abogado – Abogacía – Responsabilidad Civil – Responsabilidad Civil Profesional – Derecho de Daños – Obligaciones de medios – Obligaciones de resultado – Culpa profesional – Incumplimiento –

KEY WORDS:

Lawyer - Advocacy - Civil liability – Professional civil liability – Rights of damage – Obligations of results –Professional fault - Failure to comply obligations.

SUMARIO:

I. PRELIMINAR. MOTIVOS DEL PRESENTE TRABAJO. II. PROPEDÉUTICA. LA ABOGACÍA Y EL ABOGADO. LA PROFESIÓN DE ABOGADO. § III. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO. LOS DIVERSOS FRENTES DE RESPONSABILIDAD. IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO. 1. Noción de Responsabilidad Civil. 2. La Responsabilidad Civil Profesional. ¿Existe una responsabilidad civil profesional de carácter autónomo? 3. Las distintas especies de responsabilidad. Contractualidad y extracontractualidad de la responsabilidad del abogado. 4. Presupuestos de la Responsabilidad Civil. 4.1. El hecho ilícito. 4.2. El factor de atribución. 4.3. El daño. 4.4. El nexo causal. IV-

A. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ABOGADO. 1. Naturaleza jurídica del vinculo profesional-cliente. 2. El haz obligacional. Los deberes del abogado. 3. Naturaleza de las obligaciones que recaen sobre el abogado. Incidencia sustancial y procesal de la cuestión. 4. El incumplimiento de las obligaciones de medios por parte del abogado. 4.1. ¿Cuándo incumple el abogado sus obligaciones (de medios)? La falta de diligencia o culpa profesional. 4.2. El standard de referencia: la figura del buen profesional. El caso del profesional especialista. 4.3. Convencionalidad y diligencia máxima. Convencionalidad y responsabilidad objetiva. 4.4. Casuística. Manifestaciones del incumplimiento. 5. El incumplimiento de las obligaciones de resultado por parte del abogado. La responsabilidad objetiva. 5.1. ¿Cuándo incumple el abogado sus obligaciones (de resultado)? La responsabilidad objetiva. 5.2. Circunstancias eximentes de responsabilidad. 5.3. Casuística. Manifestaciones del incumplimiento. IV-B. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ABOGADO. 1. Admisibilidad de supuestos de responsabilidad extracontractual del abogado. 2. ¿El abogado tiene deberes frente a terceros no clientes? V. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. EL QUANTUM INDEMNIZATORIO. 1. Complejidad de la cuestión del quantum debeatur en la responsabilidad civil del abogado. 2. Los rubros indemnizables. 3. Los criterios para la fijación del quantum.

I. PRELIMINAR. MOTIVOS DEL PRESENTE TRABAJO.

El presente estudio procura abordar sucintamente la temática relativa a la responsabilidad civil de los abogados, exponiendo las reglas y principios generales que dominan la materia y refiriendo asimismo la jurisprudencia que sobre el particular ha venido desarrollándose paulatinamente en los últimos años.

La actualidad de la cuestión siquiera merece remarcarse; hace ya un buen tiempo que nuestros Tribunales vienen ocupándose de accionamientos basados en supuestos de responsabilidad profesional -en general– y ya desde la última década del pasado siglo comenzaron a

tener que hacer frente a demandas por responsabilidad civil entabladas contra abogados. En efecto, si bien puede decirse que los accionamientos por responsabilidad civil contra arquitectos, ingenieros y notarios abren la brecha de la jurisprudencia(1), y que a ellos le siguen los profesionales de la medicina(2), lo cierto es que la responsabilidad civil de los abogados aparece en nuestro medio como el último eslabón – por el momento – de esta tendencia responsabilizadora contra los profesionales, eslabón que difícilmente se retrotraiga más allá de la década del noventa(3).

Lo expuesto ha llevado a algunos a sostener acertadamente que la responsabilidad civil de los profesionales del Derecho aparece como *el desenlace de una crónica anunciada que llega con retraso*(4), demostrando así que ya no existen profesionales "intocables"(5).

---

(1) Hipótesis de responsabilidad decenal y de responsabilidad del arquitecto aparecen ya en el primer tomo del ADCU (c. 1150, 1152), y luego en los tomos subsiguientes (t. II, c. 440, 442; t. III, c. 667, 668, 669, 670). En cuanto a la responsabilidad civil de los notarios, puede rastrearse un fallo ya en el t. II del ADCU (c. 446), aunque luego hay que saltar al t. XV (c. 703) y después al XVIII (c. 919, 920, 921).

(2) Los accionamientos por responsabilidad civil contra médicos y profesionales de la medicina pare- cen retrotraerse – en nuestro medio – a las últimas dos décadas del Siglo XX. En efecto, puede hallarse una incidental referencia sobre la temática en el t. X del ADCU (c. 596), para luego hacerse ella generalizada (t. XII, c. 674, 675, 676, 677; t. XIII, c. 708, 709, 710, 711; t. XVI, c. 599, etc.). Como se ha dicho entre nosotros, y sin perjuicio de antecedentes aislados, prácticamente no existen sentencias de responsabilidad médica en el Uruguay anteriores a 1986 (MONTANO y otros, *Derecho Médico Uruguayo,* Mvdeo., 2005, p. 76).

(3) Casos de responsabilidad civil contra abogados comienzan a leerse en el t. XXIII del ADCU (c. 947) y en el t. XXVII (c. 598) (años 1992 y 1996 respectivamente). En España, por su parte, la jurisprudencia sobre el particular parece iniciarse en el año 1995 merced de la STS de fecha 17/XI/95 (CRESPO MORA, "La responsabilidad civil del abogado en el Derecho Español", *Revista de Derecho,* nº 25, 2006, p. 259 – en nota –), si bien algún autor rastrea un precedente más antiguo en la STS de fecha 20/X/89 (REGLERO CAMPOS, "La responsabilidad civil del abogado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", AFDUDC, 11, 2007, p. 787). Como habrá ocasión de ver más adelante (*infra* § IV-A, 4.1), en el sistema del *common law* los primeros antecedentes en la materia datan del Siglo XIX.

(4) *Cfr.* GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad civil en el ejercicio de la Abogacía", *Revista Xuridica Galega,* nº 28, p. 30.

(5) REGLERO CAMPOS, "La responsabilidad...", *cit.,* p. 787.

Indudablemente, el hecho de que la responsabilidad civil del abogado sea un fenómeno ciertamente reciente no implica en modo alguno postular que con anterioridad a las primeras reclamaciones los profesionales se comportaran en todos los casos de forma diligente y conforme a los criterios de la *lex artis.* Lo cierto es que por diversas causas[6], las acciones u omisiones del abogado que causaban un daño a clientes y/o terceros evadían de la consideración de los magistrados, quedando así exentas de todo reproche y, por ende, quedando el abogado eximido de toda responsabilidad.

Empero la situación descrita ha experimentado al presente un verdadero giro copernicano. Como se ha dicho lúcidamente[7], tanto la doctrina como la jurisprudencia evolucionaron suficientemente como para poder enjuiciar hoy a los otrora privilegiados profesionales.

Los motivos de esta drástica evolución en la materia son múltiples, y bien puede decirse que responden ellos, en buena parte, a los mismos principios que explican –y justifican– el notable incremento –cuantitativo y cualitativo – que ha tenido la materia de la responsabilidad civil en general, principalmente en nuestros tiempos. Como señaló a su tiempo la más autorizada doctrina[8]: "Esa *multiplicación de las acciones de*

---

[6] Trátese del fuerte corporativismo existente entre los colegiados, de la renuencia o ya falta de arraigo en el común de la sociedad en cuanto a pretender responsabilizar al letrado negligente a quien se confió un asunto, del desconocimiento de sus derechos por parte de los clientes del profesional, de la dificultad que tienen estos para advertir que han sido víctimas de mala praxis legal, etc.

[7] PADILLA-PADILLA, "Responsabilidad civil del abogado", en AA/VV, *Edición Homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe,* UNL, 2005, p. 388.

[8] MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil,* EJEA, 1960, Parte Segunda, vol. II, p. 5. En el mismo senti- do, se sostuvo posteriormente que "Para explicar la importancia cada vez mayor que adquiere la cuestión de la responsabilidad civil, el número sin cesar creciente de los litigios de responsabilidad, hay que tener también en cuenta *una moderna tendencia de los espíritus a exigir la seguridad*. Se quiere estar garantizado contra todo riesgo. Por consiguiente, cuando se produce un riesgo y no está cubierto por un seguro o por la Seguridad Social, se busca a cualquier precio un responsable.`*Allí donde antaño se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar al autor del daño'; se quiere a toda costa ser indemnizado, se pretende no soportar ya nada, no se retrocede ante las molestias y los gastos de un pleito, se proclama la injusticia cuando no se*

responsabilidad civil es tanto mayor por cuanto antaño era lo más frecuente que la víctima de un daño no buscara un responsable. En la actualidad, toda víctima se esfuerza por obtener reparación".

Sin perjuicio de lo expuesto, en la fundamentación de la responsabilidad civil de los profesionales y por ende, en la responsabilidad del abogado debe atenderse, a su vez, a otras cuestiones que explican como se dice con acierto(9) que lo que hasta no hace mucho era una tímida tendencia hacia la reparación se va transformando en una corriente cada vez más acusada.

En este sentido, es a todas luces evidente que la *desmitificación* o ya la *desacralización* de la figura del profesional ha incidido decididamente en el ánimo de sus co contratantes y/o terceros a la hora de buscar responsabilizarle por los daños derivados de su negligencia y/o impericia(10). No menor repercusión puede revestir lo que algún autor ha dado en llamar la *proletarización del profesional,* circunstancia que ha despojado al mismo de todo rasgo honorífico que otrora meritaba su distinción o ya jerarquización respecto de los demás sujetos(11). Finalmente, y en una revista que no pretende ser exhaustiva, no puede dejar de relevarse como causa del incremento de las reclamaciones por responsabilidad civil contra abogados el hecho – fácilmente constatable – de la progresiva *crisis del sistema de justicia* (lo que se traduce en una paulatina depreciación en la calidad de los servicios), fenómeno que cabe en parte

---

consigue reparación" (énfasis agregado) (MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual,* EJEA, 1961, t. I, vol. I, p. 12).

(9) REGLERO CAMPOS, "La responsabilidad...", *cit.,* p. 787.

(10) Sostiene ORDOQUI (*Responsabilidad Civil del Profesional Liberal,* FCU, 1993, p. 12): "Comenzamos por señalar que si bien el hombre de hoy en día sigue confiando a un profesional la cura de su salud, y a otro la defensa y cuidado de sus intereses patrimoniales y morales, la gran diferencia está en que *ya no mistifica ni sacraliza la profesión* sino que cada día se exige del profesional conocimientos más actualizados, especializados y profundos" (énfasis agregado). En el mismo sentido: CRESPO MORA, "La responsabilidad...", *cit.,* p. 260, refiriendo la *pérdida del temor reverencial al profesional.*

(11) *Cfr.* GHERSI, *Responsabilidad Profesional. Principios Generales,* Astrea, 1995, t. I, p. 3. Sostiene el autor: "En el final de la modernidad van perdiendo el privilegio de ser y al entrar en la posmodernidad *descubren que han sido proletarizados* con el demérito que ello significa y que *se los coloca frente a la responsabilidad social, civil, patrimonial, delictual como un simple hombre de la sociedad, al lado del industrial, del empresario, del automovilista*...".

atribuir a la consabida masificación de la profesión[12], en parte a la sostenida degradación en la formación de profesionales[13], y en buena

---

[12] El Maestro CALAMANDREI supo sentenciar a su tiempo que "La decadencia intelectual y moral de la abogacía está en íntima relación con el excesivo número de profesionales en ejercicio. La plétora que nos aflige, hace degenerar fatalmente la noble profesión forense en una forma de actividad social parasitaria en la que pululan los desplazados y los menesterosos y, a veces, hasta los indignos" (*Demasiados Abogados,* Madrid, 1926, p. 299, referencia de LÓPEZ MESA – TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad Civil de los Profesionales,* LexisNexis, 2005, p. 210).

[13] No escapa a nadie que la calidad educativa ha decrecido considerablemente en los últimos tiempos, y que por ende las Facultades de Derecho de las distintas Universidades del país no alcanzan –por lo general– a formar profesionales técnicamente capacitados para desempeñar en buena forma su labor profesional. Un análisis detenido de las causales de tal fenómeno excedería con creces los propósitos de este trabajo, sin perjuicio de lo cual debe decirse que constituiría un error buscar todos los males en la mecánica del sistema, ora en los programas de los respectivos Cursos (que parecen crecer en medida inversamente proporcional a la duración de las respectivas asignaturas), ora en la dificultad o ya imposibilidad que tienen muchos docentes para dedicarse al seguimiento regular de los Cursos o ya a la especialización y profundización en tareas de investigación, etc. A todo esto, una de las causas fundamentales de esta sostenida degradación en el nivel educativo que aqueja a nuestro ámbito universitario no debe buscarse en otro lugar que no sea en los propios alumnos, que lejos de cumplir con ese *deber de cultura en los estudiantes* de que hablara el inmortal VAZ FERREIRA (*Moral para intelectuales,* 1963, p. 25) parecen muchas veces llamados a conformarse con realizar ese mínimo esfuerzo hedonista que les permita "salvar" (y ya no aprobar) las distintas asignaturas. En efecto, que en una jocosa recopilación –realizada por un docente de esta Casa de Estudios – de respuestas vertidas por los estudiantes en diversos exámenes pudiera leerse respuestas tales como que el contrato de fianza es un contrato "de fantasía", o que la obligación del transportista es una obligación de medios por cuanto utiliza un medio de transporte, que la compra-venta es un contrato "honroso", que los libros de comercio deben estar "lubricados", o ya que ante la constancia estampada por el banco en un cheque sin fondos deba procederse a romperlo, habla a las claras que un gran porcentaje de nosotros – el alumnado, futuros profesionales – simplemente visita la Facultad. El panorama lamentablemente no es muy distinto en la Argentina, donde en un test de cultura general realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata que aprobaron ocho estudiantes de un total de setenta y dos, se recogieron respuestas tan increíbles y disparatadas como que Auschwitz era un biólogo, que la caída del muro de Berlín coincidía con el triunfo sobre las fuerzas de Hitler, o bien que la Guerra Fría fue un conflicto donde murieron gran cantidad de soldados como consecuencia de los intensos fríos. A todo esto, y pese a su extensión, no parece inútil transcribir el siguiente párrafo de sagaces juristas argentinos: "Algún ocurrente podrá hacer juegos de palabras para desvirtuar el

parte a la mismísima conducta profesional desplegada por muchos de los propios letrados[14].

significado de este hecho lamentable; otros podrán afirmar risueños que no es necesario para un abogado saber qué fue Auschwitz o la Guerra Fría y que la abogacía se ejerce presentando escritos en Tribunales, revisando expedientes, confeccionando cédulas para su visación, etc. Pero cualquier persona de bien y con cierta capacidad de comprensión no puede ignorar que si se comprueba que el nivel que demostró el examen platense muestra razonablemente bien el nivel actual de un buen segmento de nuestros estudiantes de derecho el problema que tenemos delante es gigantesco. Un abogado debe poseer una cultura general importan- te, no porque ello sea imprescindible para presentar escritos en tribunales, sino porque la posesión de ese nivel cultural demuestra que ha leído bastante, es decir, que ha estado en contacto con buenos libros, que ha sembrado en él buenas ideas y que le han puesto en condiciones de pensar por sí. Y eso sí que es imprescindible para ejercer una profesión de cualquier clase, especialmente si se trata de una ciencia social. Contrariamente a lo que piensan muchos, la abogacía no es el arte de presentar escritos edulcoradamente persuasivos, de interactuar más o menos delicadamente con las empleadas o empleados de Mesa de Entradas, de modo de obtener su favor y el acceso rápido y fácil a los expedientes; tampoco la abogacía consiste en una maratón para revisar dos veces cada semana todos los expedientes que un estudio tiene en Tribunales. Eso se llama 'procuración' y de hecho no hace falta título de abogado para practicarlo decentemente (...) La Abogacía es otra cosa: es un arte argumental; el arte de presentar los hechos que se discuten en el caso del modo en que mejor convenga a los intereses del cliente, de encasillarlos normativamente también de modo conveniente y de extraer de ambas argumentaciones las conclusiones que permiten defender mejor la posición del cliente. (...) Y para razonar y argumentar debidamente sí hace falta pensar adecuadamente y poseer cierta cultura, so riesgo de cometer permanentes falacias o no ser convincente al argumentar, al hacerlo como un picapedrero. Quienes no pueden expresarse correctamente o pensar por sí están condenados a copiar párrafos ajenos; es decir, a tomar prestados trabajos ajenos y a adaptarlos a asuntos en que intervienen. Y es sabido que en abogacía no muchos casos son iguales a otros anteriores. (...) Un abogado que se limite a copiar párrafos de autores y de sentencias en un país como el nuestro esta perdido, porque la multiplicación del número de leyes y la variabilidad de la jurisprudencia tornan tembloroso el terreno sobre el que se pisa" (LÓPEZ MESA – TRIGO RE- PRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 212-213).

[14] En este sentido BORDOLI ETCHAMENDI ("Examen de algunos aspectos de la responsabilidad civil del abogado", *Revista Jurídica Regional Norte,* año 1, nº 1, p. 25), afirmando que "...en el caso particular de los abogados, el hecho de que hayan sido 'proletarizados' es en muy buena medida imputable a los propios abogados. Hoy día – agrega – se exhibe en el ejercicio profesional de algunos abogados falencias, la profesión se ha comercializado y la mediocridad en el nivel técnico es frecuente. Se llega a considerar 'la chicana' como un método admitido, que integra las reglas del juego, no se aprecia en muchos abogados, como sería de desear, que la impronta de su

Amén de su indiscutida actualidad, el tema de la responsabilidad civil de los abogados presenta una manifiesta trascendencia.

Siendo que se trata la materia de marras de una cuestión que resultaba desconocida hasta no hace mucho tiempo, y teniendo presente, a su vez y por la razón que viene de apuntarse, que el sistema de la responsabilidad civil del abogado se muestra en muchos aspectos como un verdadero Derecho *in fieri*(15), se hacen necesarios, pues, permanentes aportes y reconsideraciones a los efectos de dotar al sistema de la mayor cantidad de – indispensables– garantías y certezas que posibiliten, sobre bases ciertas y firmes, el desarrollo de la importantísima labor que cumple el abogado en las sociedades modernas(16).

En efecto, el carácter generalmente aleatorio que reviste el ámbito donde desarrolla sus funciones el abogado(17), la importancia de los bienes jurídicos comprometidos en su labor y el triste vaticinio que las causas de responsabilidad civil contra los profesionales del Derecho irán en aumento(18), justifican por sí solos la insistencia en el estudio y permanente examen de la temática.

---

labor está signada por la dignidad y el decoro de que los escritos que emanan de su pluma y suscriben tenga la seriedad, nivel técnico y fundamento necesario, para que inspire respeto en los jueces y pongan el mayor celo al tiempo de tener que decidir el caso que se somete a su decisión".

(15) V.gr., en cuanto a los alcances del deber de informar, ora respecto a la responsabilidad civil del abogado frente a las regulaciones consumeristas, ora en torno a la existencia o inexistencia de deberes frente a terceros no clientes (*third parties*), o bien en cuanto a la responsabilidad de los escritorios colectivos o sociedades de profesionales, entre otras muchas cuestiones.

(16) *Vid. infra* § II.

(17) Sobre estas cuestiones, *infra* § IV-A, 3.

(18) *Cfr.* LÓPEZ MESA – TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 214, aludiendo a la masificación de la profesión y a la decadencia en la formación técnico-profesional como causales que dispararan las reclamaciones reparatorias en el futuro. A estas circunstancias estimamos debe agregarse un mayor recurso a los procedimientos judiciales – y por ende, mayores ocasiones para supuestos de responsabilidad – en virtud del fenómeno de la *judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales.* Sobre este tema: BAZAN, "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos internos e interamericanos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* t. II, 2005; TAM PÉREZ, "Apuntes sobre los intereses o

El presente estudio, por consiguiente, no pretende otra cosa que constituir una mera contribución al estudio de la temática, no estando en nuestro propósito el análisis exhaustivo de la materia[19]. Bástenos simplemente con sentar algunos criterios generales y acercar al lector parte de la jurisprudencia –nacional y comparada– que sobre el tópico en cuestión se ha venido conformando en los últimos años.

Si el presente trabajo contribuye de alguna manera al estudio e invita a la reflexión sobre la temática de marras, nuestros propósitos se verán sobradamente cumplidos.

II. PROPEDÉUTICA. LA ABOGACÍA Y EL ABOGADO. LA PROFESIÓN DE ABOGADO.

Se ha dicho con entera razón[20] que difícilmente se halle una profesión que haya suscitado tantos y tan contradictorios juicios y apreciaciones como la de abogado.

Catalogados los abogados a través de los tiempos como *seres conocedores de todas las cosas divinas y humanas*, ora como los *oráculos de la justicia*, ora como el *apoyo de la inocencia y azote del delito*, o ya como *meras sanguijuelas y venenosos reptiles*, y más allá del relativo desprestigio – sobre todo a los ojos del común de la ciudadanía – que aqueja a la profesión en los presentes días, lo cierto es que no puede ponerse en tela de juicio la

---

derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva", *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas,* Lima, 2008; DEL CARRIL, "Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema inter- americano", *Revista de Derecho de la Universidad de Piura,* vol. 8, 2007; MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, "O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais", *Revista CEJ,* año XI, nº 37, 2007.

[19] La existencia de sendas obras nacionales abocadas a tal análisis (obras a las que seguramente muy poco o quizás nada podríamos agregar) nos eximen de tal empresa. Son referencias obligadas en nuestra doctrina los trabajos de ORDOQUI, *Responsabilidad Civil del Profesional Liberal* (ya citado) y *Responsabilidad Ci- vil del Abogado y el Escribano,* UCUDAL, 2007. Igualmente el artículo ya citado de BORDOLI ETCHAMENDI.

[20] ZAITSEV Y POLTORAK, *La Abogacía Soviética,* Moscú, 1959, p. 63.

enorme importancia que ha revestido siempre y reviste aun hoy en nuestros días la figura del abogado[21].

En efecto, abogados y juristas constituyen permanentes agentes de cambio así como auténticos gestores de la justicia, sea desde la Administración, sea desde la cátedra, sea desde la investigación o ya mismo desde los estrados[22]. El abogado, dice la Constitución brasileña[23], *es indispensable para la Administración de Justicia,* y debe por ello mismo ser visto como un auténtico auxiliar de la Justicia[24], como un agente de primerísimo orden en cuanto a la vigencia de un auténtico Estado democrático de Derecho[25] y, con ello, como un agente mismo de la paz[26]. Es claro, entonces, que el abogado cumple en el ejercicio de sus labores una clara *función social*[27], un *munus* público o cometido cuasipúblico[28]; no se concibe el funcionamiento del sistema sin la necesaria presencia

---

[21] "La historia – dicen ZAITSEV Y POLTORAK – nos da numerosos ejemplos del importantísimo papel desempeñado por la abogacía en la vida de la sociedad, de épocas en que los abogados de más talento eran para sus contemporáneos la encarnación viva de todo lo avanzado y progresivo. Ello ocurría cuando tales hombres comprendían acertadamente los imperativos de los tiempos y ponían todo su saber y experiencia al servi- cio del progreso y de la justicia" (*La Abogacía..., cit.,* lug. *cit.*).

[22] BEJAR FONSECA, *Apología del Abogado,* México, 2ª ed., 1999, p. 107.

[23] Art. 133.

[24] CUETO RÚA, "El abogado como auxiliar de la Justicia", LA LEY 1988-A, p. 713 y ss.

[25] *Cfr.* DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade Civil do Advogado", R.SJRJ, nº 18, 2006, p. 240.

[26] LANDONI, "Proceso y Ética", RUDP 2/00, p. 229; ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 159.

[27] "La abogacía – dice ORDOQUI – surge como la típica profesión liberal y así se desarrolla hasta nuestros días que es cuando comienza a adquirirse conciencia de su clara 'función social' en la medida que, de su correcto ejercicio, depende que se resuelvan y eviten conflictos sin lo cual no sería posible una convivencia pacífica y ordenada. La importancia de su función trasciende el plano individual, relación cliente pro- fesional, y favorece la obtención de logros de interés general y social, haciendo prevalecer valores cardinales como la justicia, la verdad, la lealtad, la honestidad" (*Responsabilidad..., cit.,* p. 158).

[28] LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 220, refiriendo las opiniones de MORELLO y de DE AGUIAR DÌAS.

de los abogados [29], y es claro que si no funciona adecuadamente el proceso – como medio de composición de los litigios – queda en evidente riesgo la vigencia y efectividad misma de los derechos sustanciales (art. 14 CGP).

En una liminar revista histórica, sabido es que las funciones del abogado[30] reconocen un origen mucho más antiguo que el propio título de abogado, habiéndose sostenido que la abogacía o ya la función de abogar es casi tan antigua como la mismísima sociedad civil[31]. En efecto,

---

[29] La presencia indispensable de los abogados en el proceso – en el sistema judicial mismo –, ha sido postulada por los más diversos autores, sea atendiendo al carácter dispositivo del mismo (*nemo iudex sine actore…*), sea concibiendo al profesional como un agente racionalizador del conflicto, sea como soporte cola- borador del Juez en la identificación del Derecho aplicable al caso concreto, sea atendiendo a su labor de aportación de las pruebas y elementos necesarios de convicción, etc. (LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* ps. 220-221). Como sentenciara a su tiempo el Maestro CALAMANDREI – referencia de ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p.160): "En un sistema judicial inevitablemente complicado, como lo es el de los estados civilizados modernos, la justicia no puede funcionar si no existiesen los profesionales del derecho, puesto que las dificultades de juzgar resultan enormemente acrecentadas hasta constituir obstáculos en la práctica insuperables, si el Juez, suprimidos los abogados y procuradores, viniera a quedar en contacto con la impericia jurídica y con la posible mala fe de las partes litigantes".

[30] La palabra "abogado", según explica COROMINAS (*Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico,* Ed. Gredos, Madrid, 1980, vol. I, voz "abogado") deriva del latín *advocatus,* participio de *advocare* (convocar, llamar en calidad de abogado), que es a su vez derivado de *vocare* (llamar). Se ha dicho también que la palabra latina *advocatus* implica una contracción de la locución *ad auxiliam vocatus,* esto es, "llamado para auxiliar", por cuanto entre los romanos era frecuente, ante negocios y asuntos difíciles que requerían el conocimiento de leyes, que cada interesado llamara en su socorro a quienes tenían un conocimiento profundo del Derecho (CABANELLAS, *Diccionario de Derecho Usual,* Heliasta, 7ª ed., vol. I, voz "abogado"; LÓPEZ MESATRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 214).

[31] *Cfr.* DUPIN, *La Abogacía o el arte del Abogado,* Madrid, 1842, ps. 5-6. Igualmente: SAGAÓN INFANTE, "Historia de la Abogacía", *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano,* UNAM, 1984, p. 631, sosteniendo que "el origen de esta profesión es tan antiguo como el mundo mismo, porque en todas las épocas la ignorancia ha sido patrimonio de la mayoría de los hombres y siempre la injusticia se ha ensañado en contra de ellos. Pero también en todos los tiempos algunas personas se han distinguido, por su celo y su talento y a ellos acudían los desamparados convirtiéndose en sus patrones y defensores".

acertadamente se ha dicho que "entre todas las naciones civilizadas ha habido siempre hombres celosos y virtuosos que, siendo muy versados en los principios del derecho y de la equidad, ayudaban á los otros con sus consejos, y defendían en los juicios a los que no se encontraban en estado de defenderse por sí mismos, o que tenían menos confianza en sus propias ideas, que en las luces de estos generosos defensores"(32).

Bajo la Ley de la Naturaleza y luego bajo la Ley de Moisés no existían abogados conocidos o reputados tales como para defender los intereses de los habitantes de las tribus y pueblos. Existían si tribunales constituidos, aunque la defensa en ellos corría por cuenta de cada uno, pudiéndose acudir meramente al socorro de parientes y amigos (33). Entre los hebreos y judíos existían sabios y defensores caritativos cuyas labores de defensa podrían asimilarse muy remotamente a las de los abogados(34). Es en la India, aproximadamente cinco Siglos antes de Cristo, donde puede rastrearse un primer antecedente de la abogacía en el ministerio de los *Bracman*(35). Entre los caldeos, babilonios, persas y egipcios existían sabios y filósofos que hablaban ante el pueblo e ilustraban a los hombres con sus conocimientos y que podían ser llamados a participar en una defensa; empero, la elocuencia de que gozaban no era sino la elocuencia natural puesto que el talento de la palabra no había sido reducido aun a su condición de arte, no pudiendo en consecuencia llamárseles oradores(36). Por lo demás, en Egipto puede rastrearse el origen de la defensa por escrito, al haberse prohibido las defensas verbales luego de adquirido el arte de la escritura (37).

---

(32) DUPIN, *La Abogacía..., cit.,* p. 6 (la cita es textual).

(33) DUPIN, *cit.,* lug. *cit.*

(34) DUPIN, *cit.,* lug. *cit.;* LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 215.

(35) Se ha afirmado – aunque la afirmación pueda ser discutible – que el primer legislador que conoce la historia es Manú, quien entregó a la civilización india una codificación de normas jurídicas perfectamente concretadas. Los encargados de estudiar, explicar y aplicar dicho cuerpo eran los *Bracman* (versículo 103) (SAGAÓN INFANTE, "Historia...", *cit.,* p. 631).

(36) DUPIN, *cit.,* lug. *cit.;* LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* lug. *cit.;* SAGAÓN INFANTE, "Historia...", *cit.,* ps. 631-632.

(37) *Cfr.* DUPIN, *cit.,* lug. *cit.*. Sostiene este autor que los egipcios habrían suprimido las defensas verbales en sus tribunales a raíz del temor que despertaba la posibilidad de que un orador sedujese a los jueces con el tono de su voz, con gestos propios y lágrimas

Es en Grecia donde la abogacía comienza a adquirir su carácter de profesión, y donde puede hallarse bajo la autoridad de Dracon y Solón su primera reglamentación, asimismo encontrarse a sus primeros cultores – Arístides, Sócrates, Demóstenes – y al primer abogado profesional de la historia – Pericles –[38].

Finalmente, en Roma se asiste a una verdadera *profesionalización de la abogacía*. Al principio, la defensa en juicio de los ciudadanos era llevada a cabo por los "patronos", ciudadanos elegidos por la autoridad y a quienes se encomendaba justamente la defensa de sus clientes[39]. Empero, el decurso del tiempo y la importancia y complejidad que fue adquiriendo el Derecho determinó la necesidad de formación de técnicos especializa-

---

fingidas. El hecho de que las defensas ante los tribunales debieran proponerse necesariamente por escrito, y la circunstancia de que no muchos dominaban el refulgente arte de la escritura, motivó que los que no se hallaban en condiciones de redactar por sí mismos su defensa – por ignorancia de las reglas de la escritura, o ya desconocimiento de las leyes –recurrieran a quienes poseían estos talentos, encomendándoles – tal cual acontece hoy en día – su defensa ante los magistrados.

[38] *Cfr.* DUPIN, *cit.,* ps. 6-7; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* ps. 215-216; SAGAÓN INFANTE, "Historia...", *cit.,* p. 632. En Grecia la elocuencia, virtud que había sido despreciada en muchas otras civilizaciones, fue cultivada cuidadosamente hasta reducirla a un arte con sus propios principios. Surgen de tal forma los primeros oradores que ilustraban al pueblo sobre diversos asuntos en plazas y lugares públicos. El uso de la elocuencia no tardó en presentarse en la defensa de las causas ante el Areópago de Atenas y otros tribunales, siendo que los oradores se apersonaban y pronunciaban por sí mismos los discursos que habían compuesto para otros. Posteriormente, algunos oradores componían oraciones para que los propios acusados las pronunciaran en defensa de su derecho. La labor de los oradores era puramente honoraria, aunque tras Antiphon comenzó a estilarse el pago de honorarios – en dinero y otros presentes – como recompensa por la defensa ejercitada. En cuanto a la reglamentación de la profesión, no podían ser oradores ni los esclavos ni las mujeres; la conducta de los oradores en el recinto del Tribunal, por su parte, estaba sujeta a diversas reglas que perseguían en todos los casos *el triunfo de la justicia* (v.gr., al principio de la audiencia un pregonero público recordaba a los oradores la obligación de conformarse con la ley, la sanción por el uso de figuras y gestos para conmover a los magistrados, la limitación del tiempo en que podía hacerse uso de la palabra – tiempo que se fijó en tres horas que eran medidas por relojes de agua – *clepsydres* –, etc.).

[39] DUPIN, *cit.,* p. 10. Los patronos fueron así llamados como para evocar el lugar de padres de sus clientes, y para dar a entender que estos debían guardarles el mismo respeto que los hijos deben a sus progenitores, los esclavos a sus amos, y los libertos respecto de quienes le otorgaron la libertad.

dos, que si bien debían revestir el rasgo de grandes oradores, no podían solo contentarse con ello, sino que era menester adentrarse en el estudio y conocimiento de las leyes. Paulatinamente, entonces, surgen en Roma los abogados o *causidicus* (oradores encargados de las defensas judiciales) y los jurisconsultos (consultores), sujetos versados en el Derecho y que terminan por desplazar a los antiguos patronos en el ejercicio de la profesión(40).

Tras estos antecedentes grecoromanos, los tiempos posteriores no ofrecerán variantes de radical significación en la materia, esto es, a los efectos de explicitar el surgimiento de la profesión.

Pues bien, habiendo discurrido ya respecto de las funciones que cumple el abogado – *rectius:* las dimensiones de las mismas –, y habiendo pasado rápida revista al surgimiento y desarrollo histórico de la profesión, convienen, a manera de síntesis, dos palabras respecto de lo que debe entenderse por abogado.

Ya COUTURE, enfrentando el problema de definir qué debía entenderse por abogado y planteándose la duda de cuáles serían los rasgos del abogado paradigmático, esto es, representativo de todo el género, concluía resignadamente en la inexistencia de tal abogado, postulando así que no existe "el abogado" sino, por el contrario, infinita variedad de abogados(41). No puede sino compartirse lo expresado por el Maestro.

---

(40) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 214. En cuanto a la reglamentación de la profesión en Roma, debe decirse que se siguieron muchos de los postulados recogidos de la práctica griega, sin perjuicio de algunas diferencias de relieve. Por lo pronto, se exigía una edad mínima de diecisiete años para ejercer la profesión, y haber estudiado Derecho por un período no menor a los cinco años. Las mujeres pudieron en un principio ejercer la abogacía, si bien después ello les fue prohibido en general, aunque a la postre se les admitiera hablar ante la justicia pero solo por sí y no por otros. En cuanto a la presencia de los abogados ante el tribunal, existían diversas regulaciones, tales como el *juramentum calumnias,* el tiempo de que podía hacerse uso de la palabra – dos horas el acusador y tres el acusado –, sanciones para los comportamientos tendientes a dilatar la causa, prohibición del pacto de *quota litis,* etc. En cuanto al ministerio de los abogados, este fue gratuito en un principio, y sin perjuicio de un sinfín de vicisitudes en cuanto al derecho de este a recibir recompensas de parte de sus clientes, fue finalmente acordada al abogado la facultad de aceptar recompensas por las defensas empeñadas. (DUPIN, *cit.,* p. 17 y ss.).

(41) LANDONI, "Proceso...", *cit.,* p. 227.

En efecto, más allá de las distinciones – puramente fácticas – que cabe hacer entre abogados meramente titulados (o "de título", también llamados por algún autor meros "licenciados en Derecho"[42]) y los abogados en ejercicio, o ya entre los abogados patrocinantes y los asesores o consultivos, o aquellos que intervienen en la vida política y legislativa del país y aquellos que reducen su actividad a la esfera netamente privada, creemos que al momento de procurar conceptuar la figura misma del abogado deben atenderse otros criterios de distinción atendiendo fundamentalmente a la forma en que el profesional *concibe y siente la profesión*, y aquí lógicamente podrá distinguirse entre los abogados que dignifican día a día la labor abogadil y aquellos que no, entre los abogados que rectoran su accionar conforme con la ética y la dignidad de la Justicia y aquellos que no, entre los abogados que asumen con celo y velan con responsabilidad la defensa de los intereses que se le encomiendan y aquellos que no, entre los abogados que se interesan apasionadamente en el permanente e incesante estudio del Derecho y aquellos a quienes basta lo aprendido en su pasaje por la Universidad, y, en suma, entre aquellos abogados *que aman la profesión* y aquellos que no[43].

Es claro que el abogado que se apasiona con la ciencia que profesa, y que honra los deberes que ella le impone, ama su labor[44], y es este el abogado que, por no ser el más frecuente en los presentes tiempos, lamentablemente no halló COUTURE; es este el abogado que debe servir

---

[42] OSSORIO, *El alma de la toga,* EJEA, 1975, ps. 4-5.

[43] Es este el último de los celebres mandamientos de COUTURE, y que creemos de vital importancia al momento de tener que definir que debe entenderse por un abogado. En este sentido, viejas letras proverbialmente dijeron: "Y sobre todo, mis caros compañeros, amemos nuestro estado, este es el medio más seguro de lograr un buen éxito y de encontrarse feliz en él. Esforcémonos para honrar nuestra profesión, y para esto no temamos que la idea que formemos sea demasiado elevada. Jamás diremos nada de ella que pueda igualar á lo que han dicho antes de nosotros los más ilustres magistrados. Este sentimiento no puede imputársenos á vanidad; porque él no produce para nosotros sino obligaciones. Exaltar esta noble profesión, es confesar que nosotros no podemos llenar sino muy difícilmente los deberes y sacrificios que ella impone, ni corresponder dignamente á todo lo que ella exige de capacidad, de aplicación y de propio desprendimiento" (la cita es textual)(DUPIN, *La Abogacía..., cit.,* p. VI).

[44] Pues como enseñó sabiamente MOLIERAC a sus colegas, *"conocer nuestra profesión, es amarla"* (*Iniciación a la Abogacía,* Porrúa, 1990, p. 9).

de referencia a la hora de tener que responder quien debe ser reputado como un (auténtico) abogado.

Juzgamos que el profesional del Derecho, en cualesquiera de sus manifestaciones, siempre debe revestir condiciones de espíritu que ratifiquen su merecimiento de ser reputado como un auténtico abogado, como un letrado, como un jurisconsulto, o ya como un jurista. La probidad, la diligencia, el estudio, es nota definitoria de toda esta clase de profesionales, y allí donde faltan ellas no puede seriamente – merced de banalizar los conceptos – hablarse de un verdadero y genuino profesional del Derecho. En este sentido, ya apuntaba BARCIA en su *Diccionario*[45], que "el *abogado* debe ser probo, diligente, entusiasta; el *letrado*, estudioso; el *jurisconsulto*, prudente; el *jurista*, erudito. Hay muchos *abogados*, no hay tantos *letrados*, hay pocos *jurisconsultos*, es muy raro encontrar un *jurista*".

Pero siendo que existen distintas clases de "abogados" (aunque en puridad no a todos les quepa esta denominación), será preciso tentar, pues, a una conceptuación menos inspirada en criterios deontológicos y morales, y más acorde a la realidad forense de nuestros días. Y en este sentido puede decirse, en apretada síntesis, que el abogado es el "profesional universitario, con título hábil, a quien compete el consejo o asesoramiento en materia jurídica, la conciliación de las partes con intereses opuestos y el patrocinio de las causas que considere justas"[46].

---

[45] BARCIA, *Diccionario de Sinónimos,* voz "Abogado", referencia de CABANELLAS, *Diccionario..., cit.*

[46] COUTURE, *Vocabulario Jurídico,* DePalma, 1983, voz "Abogado". Similarmente: CAPITANT, *Voca-bulario Jurídico,* DePalma, 1975, voz "Abogado". DUPIN define al abogado como "el hombre de bien, versado en la jurisprudencia y en el arte de hablar bien, que concurre á la administración de la justicia, ora ayudando con sus consejos á los que han recurrido á él, ora defendiendo en juicio sus intereses de viva voz ó por escrito, ora decidiendo por si mismo sus diferencias cuando las han sometido á su conocimiento" (*La Abogacía…, cit.,* p. 1). Por su parte, ESCRICHE (*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* París México, 1907, voz "Abogado") lo define como "el profesor de jurisprudencia que con título legitimo se dedica a defen- der en juicio por escrito o de palabra los intereses o causas de los litigantes". Juzgamos que estas definiciones han quedado ciertamente desfasadas con el paso del tiempo y que postulan un concepto deseable pero no real de la figura del abogado; en efecto, rechazamos la nota de "hombre de bien" y la "versación en la juris- prudencia y en el arte de hablar bien" como notas reales – y no ya deseables – que identifican al abogado. Lo mismo

Se trata del doctor o licenciado en Derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico(47), o ya la persona legalmente autorizada para defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, y también a dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan(48). El abogado es quien en el ejercicio libre de su profesión actúa extrajudicialmente asesorando, ayudando a conciliar, cooperando en la realización e instrumentación de determinados negocios jurídicos, o bien judicialmente, defendiendo a su cliente y procurando la salvaguarda de los derechos de su defendido(49). Finalmente, y en una completa noción descriptiva, se define al abogado como el sujeto "cuya función primordial es, en esencia, la de aconsejar o asesorar sobre cuestiones jurídicas y defender a quienes intervienen en procesos judiciales; aunque, a fuer de pecar de detallistas, bien puede agregarse que la actuación del abogado puede ser judicial, ejercitando la representación de una parte en el desempeño de la procuración, o mediante el patrocinio en una causa, o bien asumiendo la defensa de un procesado en el fuero penal; o extrajudicial, sea a través del mero consejo legal o asesoramiento jurídico, o bien en la intervención directa en la formulación de un negocio jurídico, o en la redacción de contratos, estatutos, reglamentos, etcétera, o en la concreción de arreglos o transacciones que pongan fin a cuestiones dudosas, controvertidas"(50).

Sin ánimos de sentar una definición – bastan las ya recopiladas –, y con un criterio meramente descriptivo –y por ende avalorado–, puede convenirse en que el abogado es el profesional universitario que con título habilitante y demás requisitos legales actúa judicial o extrajudicialmente en defensa y/o beneficio de sus clientes.

---

cabe decir respecto de la – extraña entre nosotros – locución "profesor de jurisprudencia".

(47) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª ed., 2001, voz "Abogado".

(48) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 2ª ed., 1984, voz "Abogado".

(49) ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 159.

(50) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 217.

III. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO. LOS DIVERSOS FRENTES DE RESPONSABILIDAD.

En el ejercicio de sus funciones el abogado no goza de una libertad irrestricta sino que, por el contrario, se halla sujeto a diversas normas jurídicas –adjetivas y sustanciales– que pautan los límites que no puede trasvasar, so pena de incurrir en responsabilidad[51] que podrá ser disciplinaria, civil o incluso penal[52].

En cuanto a la *responsabilidad disciplinaria*, deben tenerse presente básicamente los arts. 5, 6, 24 num. 10, 59 y 60 del CGP, y los arts. 148, 149, 150 y 159 de la LOT.

En cuanto a la *responsabilidad penal,* y sin perjuicio de que el abogado puede incurrir en los más diversos tipos previstos por la ley criminal, son especialmente atendibles los arts. 194 (prevaricato), 196 (otras infidencias del abogado o procurador) y 302 (revelación de secreto profesional) del Código Penal.

Finalmente, en cuanto a la *responsabilidad civil* –que es la que al presente nos interesa– es menester considerar básicamente lo dispuesto por el art. 146 de la LOT[53], por los arts. 1319, 1324, 1216, 1221, 1332, 1341, 1342, 1344 y 1555 del Código Civil y – entre otros – por los arts. 35 y 38 de la Ley 17.250 (Ley de Defensa del Consumidor).

---

[51] El vocablo *responsabilidad* se emplea en este número queriendo significar "pasible de sanción". A los efectos de una noción más acabada: *infra* § IV, 1.

[52] DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 240; RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad Civil de Profesionales y Empresarios,* Netbiblo, 2006, p. 221.

[53] A nuestro juicio, norma capital en la materia. En efecto, más allá de que aún en el caso que no existiera el art. 146 de la LOT la posibilidad de responsabilizar al abogado emergería en virtud de lo dispuesto por el art. 1342 CC, lo cierto es que esta norma tiene la virtud de declarar expresamente la responsabilidad de los profesionales del Derecho ante sus clientes por los perjuicios derivados del ejercicio de sus funciones. Una norma similar puede hallarse en el art. 78.2 del Estatuto General de la Abogacía en España. En otro orden, juzgamos que al referirse la norma del art. 146 a "clientes", los supuestos de responsabilidad del abogado ante terceros no corresponde fundarlos en este artículo sino en lo dispuesto por el art. 1319 CC. En sentido distinto: ORDOQUI, *Responsabilidad Civil…, cit.,* p. 240.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO.

1. Noción de Responsabilidad Civil.

Una persona es responsable civilmente –dicen los MAZEAUD– cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro(54). Esta definición, concisa pero acabada, condice, a su vez, con la propia etimología de la palabra, puesto que *responsabilidad* aparece en la obra de COROMINAS(55) como un derivado de *responder,* lo que permite, en consecuencia, afirmar que, en última instancia, *responsable es el que responde*(56).

La responsabilidad civil traduce, en consecuencia, la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado(57). Implica reconocer –desde los agudos estudios de GAMARRA(58)– el surgimiento de una obligación indemnizatoria (resarcitoria) a cargo del deudor incumplidor o del ofensor, obligación que no existía con anterioridad al incumplimiento o hecho ilícito(59). En efecto, el hecho ilícito (y aquí se inscribe, amén del ilícito aquiliano el incumplimiento en la responsabilidad contractual) se encarga de inaugurar el fenómeno o fase de responsabilidad en ambas especies de responsabilidad civil, responsabilidad que será subsidiaria de la relación de deuda en la responsabilidad contractual, y originaria en la responsabilidad extracontractual(60).

---

(54) MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 7.

(55) COROMINAS, *Diccionario..., cit.,* voz "Responder".

(56) MAZEAUD-TUNC, *Tratado..., cit.,* t. I, vol. I, p. 2; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil,* Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1979, p. 59.

(57) CABANELLAS, *Diccionario..., cit.,* voz "Responsabilidad".

(58) GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo,* 1987, t. XVII, ps. 9 y 31; *Responsabilidad Contractual,* FCU, 1996, t. I, ps. 11-12 y 16 y ss.

(59) MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 7: "Entre el responsable y la víctima surge un *vínculo de obligación:* el primero se convierte en deudor, y la segunda en acreedora de la reparación".

(60) GAMARRA, *Responsabilidad..., cit.,* t. I, p. 18. Dice el connotado civilista: "Si el esquema de la responsabilidad civil está construido por la violación de un deber y la obligación resarcitoria, el mismo fenómeno existe tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual".

Modernamente se ha sostenido que el concepto mismo de responsabilidad civil se hallaría sobrepasado postulándose la necesidad de hablar no ya de responsabilidad sino, antes bien, de *reparación de daños* (61) Creemos no obstante que no parece imprescindible –ni útil– abandonar la arraigada locución *responsabilidad civil* y reemplazarla por la más moderna de *reparación de daños,* por cuanto no caben dudas que en las instancias actuales, a través de la responsabilidad civil lo que se persigue no es otra cosa que la *reparación de los daños*(62). Por lo demás, el nombre no hace a la cosa, y sabido es que al presente se aprecian diversos supuestos de responsabilidad objetiva que satisfacen la reclamada función resarcitoria con entera independencia de toda denominación.

2. La Responsabilidad Civil Profesional.

¿Existe una responsabilidad civil profesional de carácter autónomo?

Hace ya algún tiempo dos distinguidas magistradas(63) se interrogaban respecto de si la responsabilidad civil profesional constituía una categoría independiente dentro del ámbito de la responsabilidad civil o si por el contrario se trataba ontológicamente de la misma responsabilidad aplicada a ciertos sujetos calificados; acto seguido contestaban que la responsabilidad civil profesional jamás podría configurar un Derecho excepcional y autónomo en la medida que carecería de principios propios no pudiendo evadirse jamás de las nociones fundamentales del Derecho de las Obligaciones.

---

(61) Los distintos doctrinos que participan de esta idea fundamentan la utilidad de la variante atendiendo a los supuestos – cada vez más frecuentes – de responsabilidad objetiva, que según dicen encuadrarían mejor en una moderna noción de *reparación de daños* y no ya en la anciana noción de responsabilidad, noción que históricamente se ha visto informada y ha reclamado el elemento subjetivo de la culpa para la reparación del perjuicio.

(62) En efecto, en este tema de la responsabilidad civil, se ha pasado desde los primeros estadios de venganza y punición a una etapa de composición e indemnización; donde antaño la victima pedía venganza ahora no pide otra cosa que reparación (MAZEAUD-TUNC, *Tratado...,* t. I, vol. I, p. 37). Como se sostiene con acierto, la responsabilidad civil desde una óptica moderna no pone el acento sobre el autor del daño para castigarlo, sino en la víctima para repararle el perjuicio injustamente sufrido (BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría..., cit.,* p. 15; GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XIX, p. 48 y ss.).

(63) SZAFIR-VENTURINI, "Responsabilidad de los profesionales", ADCU, t. XIX, p. 152.

No puede menos que compartirse estos razonamientos.

En efecto, la responsabilidad civil de los profesionales no constituye un régimen autónomo sino que se presenta como un mero capítulo o apartado dentro de la materia general de la responsabilidad civil(64), o ya como una etapa en la evolución del *Derecho de Daños* (65).

Esto que viene de apuntarse reviste una gran importancia, por cuanto siendo la responsabilidad civil profesional parte integrante del sistema –más amplio– de la responsabilidad civil, es evidente que regirán en aquella los mismos principios que ésta, y se requerirán asimismo los mismos presupuestos para su configuración(66). Por lo demás, y conforme se verá más adelante(67), tampoco habrá de reclamarse para su configuración ninguna culpa especial o culpa profesional, bastando la remisión al régimen de la culpa común u ordinaria prevista en el art. 1344 CC.

3. Las distintas especies de responsabilidad.
Contractualidad y extracontractualidad de la responsabilidad del abogado.

Sabido es que la responsabilidad civil, como género, reconoce, pues, dos cauces o especies distintas (dualidad de regímenes); a saber: la responsabilidad contractual –por un lado– y la responsabilidad extracontractual –por el otro–(68). La responsabilidad civil, así, es una sola, no obstante la dualidad de regímenes que no difieren en su materia ni en su naturaleza, y que simplemente presentan diferencias accesorias o secundarias(69). Como se ha dicho con sumo acierto, ambos órdenes

(64) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. xx y 240; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría..., cit.,* p. 419; PADILLA-PADILLA, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 387. En una postura sumamente crítica sobre la existencia y fundamento mismo de la responsabilidad profesional: TRAZEGNIES, "La responsa- bilidad profesional no existe", *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños,* ed. Grijley, 2006, p. 359 y ss.

(65) ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 30.

(66) *Vid. infra* § IV, 4.

(67) *Infra* § IV-A, 4.1.,

(68) MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 32, hablando de dos ramas de la responsabilidad.

(69) MAZEAUD, *cit.,* vol. *cit.,* p. 33 y ss.; MAZEAUD-TUNC, *Tratado..., cit.,* t. I, vol. I, p. 115 y ss.

tienen elementos o presupuestos comunes, persiguen un mismo fin y cumplen una misma función[70].

Más allá de los reparos que despierta el distingo entre ambos regímenes de responsabilidad y que ha llevado a algunas legislaciones a prescindir del mismo procediendo a una unificación del sistema de responsabilidad civil[71], lo cierto es que *de legge data* la distinción no puede ignorarse –al menos en lo que hace a nuestro Derecho –, debiendo tenerse presente a la hora de juzgar los supuestos de responsabilidad civil profesional.

En nuestro Derecho –que se aparta en este punto del régimen francés– la responsabilidad contractual tiene lugar si el perjuicio dimana del incumplimiento de una obligación preexistente, sea contractual o legal, en tanto que la responsabilidad extracontractual se verifica cuando lo infringido es el deber genérico de no dañar (*neminem laedere*)[72]. La jurispru- dencia es conteste en este sentido[73].

Y bien, ¿en qué clase o régimen de responsabilidad puede verse incurso el abogado? El grueso de la doctrina, salvo contadas excepciones[74], reconoce la posibilidad de que el abogado incurra en ambas especies de responsabilidad[75], si bien se conviene en que lo usual será la hipótesis de responsabilidad contractual derivada de la existencia de un contrato o marco estatutario que vincule al profesional con el cliente[76]. Así las cosas, en la relación profesional-cliente se asistirá decididamente a

---

[70] GAMARRA, *Responsabilidad..., cit.,* t. I, p. 11.

[71] Sobre este tema: SAUX, *Responsabilidad Civil Contractual y Aquiliana,* 2005, p. 15 y ss.; YZQUIER- DO TOLSADA, "La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini,* 1997, p. 105 y ss.

[72] *Cfr.* GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XX, p. 49.

[73] *Vid.* por todas: TAC 4º, S. 23/00 (ADCU, t. XXXI, c. 697).

[74] REGLERO CAMPOS, "La responsabilidad...", *cit.,* ps. 791-792.

[75] LÓPEZ MESA – TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* ps. 236-237; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría..., cit.,* p. xx; RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad..., cit.,* p. 218; DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 245; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 33.

[76] *Cfr.* ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 34.

supuestos de responsabilidad contractual, en tanto que los terceros que experimenten daños a raíz de la práctica del abogado, deberán perseguir su responsabilidad en sede extracontractual(77).

4. Presupuestos de la Responsabilidad Civil.

Ya ha sido expuesto (*supra* § IV, 2.) que la responsabilidad civil profesional no constituye sino un mero capítulo de la responsabilidad civil, de modo que se aplican a la primera los principios y reglas de la segunda, requiriéndose para su configuración los mismos elementos o presupuestos(78).

Los presupuestos de la responsabilidad civil –general y profesional– resultan, por ende, ser los mismos, y se reducen a un *hecho ilícito* (incumplimiento de la obligación –en la responsabilidad contractual–, violación del deber genérico– en la responsabilidad extracontractual –), un *factor de atribución* (que podrá ser subjetivo u objetivo), un vínculo de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio sufrido, y un *daño* (que podrá ser material o moral)(79).

Para que se configure la responsabilidad será menester la concurrencia de todos los referidos presupuestos, ya que cada uno de ellos es *condición necesaria pero no suficiente de por sí* (esto es, desligada de los restantes) para generar la obligación reparatoria.

Permítasenos dos palabras para referirnos a cada uno de los mentados presupuestos.

4.1. El hecho ilícito.

El primer elemento de la responsabilidad civil es el hecho ilícito (antijuricidad).

---

(77) Para un estudio mayormente circunspecto de la responsabilidad del abogado en ambos regímenes: *infra* § IV-A y IV-B.

(78) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 240; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 39.

(79) Respecto de estas cuestiones no se insistirá en demasía al presente en virtud de que su tratamiento constituye punto obligado para los tratadistas y demás autores que dedican sus obras al estudio de la materia.

Grosso modo, puede decirse que el hecho ilícito supone un comportamiento –activo u omisivo, intencional o culpable– que contraviene un deber o una obligación. Resumida- mente, puede aceptarse que el hecho ilícito es *un obrar contrario a Derecho*(80).

En la responsabilidad civil contractual el hecho ilícito viene representado por el in-cumplimiento – sea temporal o definitivo – que genera la obligación de daños y perjuicios (art. 1342 CC). Juiciosamente se ha visto al incumplimiento como el *centro mismo de la responsabilidad contractual*(81), lo cual es de por sí lógico: si no hay incumplimiento no puede haber interés, y sabido es que donde no hay interés no hay acción – ni por ende podrá existir responsabilidad –.

En la responsabilidad civil extracontractual el hecho ilícito viene dado por la violación del deber genérico de no dañar (*neminem laedere*), tal cual edicta el art. 1319 CC; esto es, se asume responsabilidad frente a un sujeto con el cual el ofensor no mantenía previo al hecho vínculos capaces de generar dicha responsabilidad(82). La violación de este deber de no dañar (ilicitud) aparece como el eje mismo de la responsabilidad extracontractual(83).

Viniéndonos específicamente a la responsabilidad civil del abogado, es dable sostener que éste incurrirá en responsabilidad civil contractual cuando incumpla con los deberes emanados del contrato que le vincula con su cliente, o ya con los deberes que la ley pone a su cargo en interés del patrocinado en juicio – y también del sistema –, incurriendo – por el contrario – en responsabilidad civil extracontractual cuando incumpla el deber genérico de no dañar, afectando de tal forma la esfera jurídica de terceros (contraparte o no clientes en el caso concreto)(84).

---

(80) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS; *Responsabilidad..., cit.,* p. 240; igualmente: BUSTAMANTE ALSINA; *Teoría..., cit.,* ps. 60 y 87; GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XIX, p. 183 y ss.

(81) GAMARRA, *Responsabilidad..., cit.,* p. 25; *Tratado..., cit.,* 1987, t. XVII, ps. 67-68.

(82) GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XX, ps. 49-51.

(83) PEIRANO FACIO, *Responsabilidad Extracontractual,* Mvdeo, 1954, p. 235 y ss.

(84) *Cfr.* en líneas generales: BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* ps. 39-40; DA SILVA ROCHA; "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 245.

4.2. El factor de atribución.

El factor de atribución o criterio de imputación es el segundo elemento de la responsabilidad civil. Se trata de un requisito capital e imprescindible que permite atribuir o ya imputar un determinado hecho ilícito o incumplimiento a un sujeto en concreto. Como se ha dicho certeramente entre nosotros, la materia de la imputabilidad hace referencia a la relación que media entre el sujeto y el hecho(85), vale decir, sólo cuando el incumplimiento sea imputable al deudor éste vendrá a ser responsable.

El factor de atribución podrá ser subjetivo (esto es, basado en la culpa del agente) o ya objetivo (prescindiendo de la culpa, responsabilidad objetiva)(86). Para ello, será menester indagar sobre la naturaleza de las obligaciones que asume el abogado (esto es, obligaciones de medios o ya obligaciones de resultado)(87), ya que del incumplimiento de una u otra dependerá, en definitiva, si se asiste a un supuesto de responsabilidad subjetiva o ya de responsabilidad objetiva(88).

Sin perjuicio de los diversos cuestionamientos de que ha sido objeto desde antaño la teoría de la culpa –cuestionamientos que subsisten

(85) GAMARRA, *Responsabilidad..., cit.,* p. 10.

(86) GAMARRA, *Responsabilidad..., cit.,* t. II, ps. 335-336. Explica el Maestro: "Que la responsabilidad sea subjetiva (es decir, fundada en únicamente en la culpa) significa que *sólo los deudores culposos* (aquellos que no se comportaron con la diligencia del buen padre de familia) *pueden ser condenados,* y por tanto, que el incumplimiento ha de ser culposo para que pueda generar responsabilidad. Mientras que en la responsabilidad objetiva el criterio de imputación no es la culpa (el deudor será responsable con independencia de que haya incurrido en culpa o no) y el incumplimiento es considerado en su momento objetivo (puede haberlo sin que exista culpa), o sea: lo que cuenta es el momento objetivo de la inejecución."

(87) Sobre esta cuestión, *vid. infra* § IV-A, 2.

(88) Lo expuesto – como se sabe – es únicamente válido para la responsabilidad contractual – que es la única en la que puede hablarse de obligaciones preexistentes –, no siendo aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde la responsabilidad será necesariamente subjetiva (GAMARRA, "Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad", ADCU, t. XIII, p. 133; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* ps. 42-43).

incluso al presente –[89], y más allá de la recepción en nuestro sistema de la denominada responsabilidad objetiva, lo cierto es –como dice GAMARRA[90]– que "aceptar la responsabilidad objetiva no significa expulsar a la culpa del sistema; por lo contrario, hasta puede convenirse con *Di Majo* que ocupa un lugar central en el juicio de responsabilidad; sucede que pierde su hegemonía como criterio único de responsabilidad, al caer el dogma 'no hay responsabilidad contractual sin culpa'". En efecto, la culpa sigue detentando un sitial de relevancia en la teoría de la responsabilidad civil –en general– y es justamente en el campo de la responsabilidad civil profesional donde se muestra mayormente importante y donde debe defenderse plenamente su vigencia[91].

4.3. El daño.

Sea que se hable de responsabilidad contractual o ya de responsabilidad extracontractual, lo cierto es –como afirmara JOSSERAND[92]–, que la responsabilidad del deudor no queda comprometida sino en cuanto se haya causado un daño. En efecto, la necesidad del daño como presupuesto habilitante de la responsabilidad civil tiene un largo arraigo doctrinario, siendo el requisito que menos discusiones ha suscitado[93].

La necesidad del daño se justifica por sí sola si se atiende – como lo hace preclara doctrina – a la vieja regla que edicta que "donde no hay

---

[89] MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 86 y ss.; MAZEAUD-TUNC, *Tratado..., cit.,* t. I, vol. II, p. 1 y ss. y 29 y ss. Ya JOSSERAND destacaba que la noción de culpa se presentaba como una de las nociones más vagas y huidizas del orden jurídico (*Derecho Civil,* EJEA, 1950, t. II, vol. I, p. 303).

[90] GAMARRA, *Responsabilidad..., cit.,* t. II, p. 344.

[91] *Cfr.* ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 40. Dice el autor: "Si bien se ha estrechado cada vez más el campo de aplicación de la conducta ilícito-culposa, es precisamente en la esfera de la responsabilidad civil del profesional liberal donde debemos defender su vigencia ante el riesgo de que en algún momento el médico sea llamado a responsabilidad porque el paciente no se curó, o el abogado porque no logró éxito en el desenlace del pleito".

[92] JOSSERAND, *Derecho Civil, cit.,* t. II, vol. I, p. 484.

[93] MAZEAUD-TUNC, *Tratado..., cit.,* t. I, vol. I, p. 293.

interés no hay acción"[94]; y se explica igualmente si se recuerda que la función principal de la responsabilidad civil –*rectius:* de la obligación resarcitoria– no es sino la reparación del daño infligido[95][96].

El daño supone un menoscabo, un perjuicio, que no necesariamente debe ser pecuniario o material, pudiendo ser incluso moral[97]. El daño moral (ese *haz vaporoso en el que se subsumen el quebranto o la sensación de frustración*)[98] será justipreciado y económicamente valuado, con todas las dificultades que ello conlleva[99], pero de ninguna forma quedará exento *a priori* de reparación[100].

El concepto de daño –en su acepción restringida, que es la que debe primar a los efectos de la responsabilidad civil– se compone de dos elementos, uno físico y el otro formal, a saber: el evento perjudicial

---

[94] MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 59, donde sostienen: "Hay que haber sufrido un daño para tener un interés en intentar la acción de responsabilidad civil. Si no ¿de qué habría que quejarse, y qué se reclamaría?".

[95] *Vid.* por todos: BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría..., cit.,* ps. 15 y 59.

[96] La doctrina francesa planteó, a su tiempo, que podía existir responsabilidad aún no existiendo un perjuicio en el caso de la cláusula penal (MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 60; MAZEAUD-TUNC, *Trata- do..., cit.,* t. I, vol. I, p. 297; JOSSERAND, *Derecho Civil, cit.,* p. 519). No obstante, parece preferible ver en la cláusula de marras un supuesto de garantía con función coercitiva y punitiva. Para un correcto encuadre del instituto de la cláusula penal: GAMARRA, *Tratado…, cit.,* 2006, t. XVIII, p. 157 y ss.

[97] "Exigir un daño – dicen los MAZEAUD – no significa exigir una pérdida pecuniaria. El hombre no sólo sufre cuando es lesionado en sus intereses materiales; un atentado contra sus intereses morales le puede resultar todavía más sensible" (*Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 60).

[98] Así lo conceptuó en alguna oportunidad la jurisprudencia española (STS, 25/6/98).

[99] Ya advertía GAMARRA las dificultades que conlleva la cuantificación del daño moral, esto es, traducir en dinero el sufrimiento y la sensación de disvalor que sufre la víctima (*Tratado..., cit.,* 1994, t. XXV, p. 347 y ss.).

[100] La reparación del daño moral se admite – con variantes – en la generalidad de los sistemas jurídicos. Sin embargo, parecería ser que en el Derecho ruso el daño moral no admite reparación patrimonial, existiendo otras vías compensatorias para la víctima y que persiguen antes bien una suerte de repristinación del derecho o estado de bienestar agredido (*vid.* ASPILLAGA VERGARA y otros, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas,* 1998, p. 45 – en nota –).

(*damnum*) y la violación de un derecho subjetivo, de un interés o de una situación jurídicamente tutelada[101].

El tratamiento del daño en la responsabilidad civil plantea dos problemas básicos: el primero es el de su comprensión o fijación, es decir, la determinación de los rubros o pérdidas que el perjudicado puede invocar; el segundo es el de su extensión, o sea, determinar el valor que debe asignarse a los perjuicios invocados. Estos problemas de la responsabilidad civil general se acrecientan sobremanera en materia de responsabilidad civil profesional, y más concretamente en el campo de la responsabilidad civil del abogado. No han sido pocos los autores que han visto la enorme complejidad que asume la cuestión de los daños en la responsabilidad civil del abogado[102], dificultad que ha hecho que la jurisprudencia sea vacilante en los criterios aplicables a la hora de fijar las indemnizaciones debidas.

4.4. El nexo causal.

Finalmente, el vínculo causal o relación de causalidad importa un elemento igual- mente indispensable para la configuración de la responsabilidad civil. En efecto, el nexo causal supone nada menos que la conexión o ligazón entre la conducta ilícita y el perjuicio sufrido[103], esto es, la relación de causa a efecto entre la acción u omisión culpable y el daño resultante[104]. De nada valdrá alegar la existencia de un hecho ilícito y la existencia asimismo de un perjuicio, si no puede acreditarse que éste último es consecuencia del primero, o lo que es igual, que el comportamiento ilícito fue la causa del daño.

---

[101] *Cfr.* GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XIX, ps. 283-284.

[102] *Vid.* especialmente: MOREO ARIZA, "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado", INDRET 1/2007, p. 11 y ss. En igual sentido: REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 809; CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 272; GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad...", *cit.,* ps. 34-36; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 54.

[103] GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XIX, ps. 309-310; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría..., cit.,* p. 217.

[104] DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 243, citando a GONÇALVES, *Responsabilidade Civil,* Saraiva, 2003, ps. 32-33.

Así las cosas, y viniéndonos a la responsabilidad civil del abogado, cabe decir que para que el profesional vea comprometida su responsabilidad será menester que se acredite por el damnificado que el hecho ilícito es la causa de los perjuicios irrogados[105], lo que no deja de arrojar – cosa frecuente en este campo – importantes problemas, sobre todo en lo que hace relación a la desigualdad en que se hallan las partes para apreciar los hechos técnicos y científicos[106] y en la evidente dificultad que tiene el perjudicado para acreditar la culpa profesional y la causalidad del daño[107].

La cuestión de las eximentes también comparece en la responsabilidad civil profesional, pudiendo interrumpir el nexo de causalidad y por ende librar de responsabilidad al abogado[108]. En consecuencia, las

---

[105] *Cfr.* SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado,* Aranzandi, 2000, p. 259, quien dice: "Además, corresponderá también al cliente la prueba que entre dicho incumplimiento y los perjuicios a él irrogados, existe una relación de causalidad cierta y directa, y que, al pertenecer a la esfera del riesgo contractual previsible, son imputables objetivamente a la negligencia o impericia del profesional". Si bien el argumento está pensado para la hipótesis de responsabilidad contractual, no pierde en esencia su valor, puesto que bastaría para su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual con dejar de leer la referencia que se hace al contrato.

[106] ALTERINI-LÓPEZ CABANA, "Responsabilidad Profesional: el experto frente al profano", LA LEY 1989-E, p. 849; LÓPEZ MESA- TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 241.

[107] ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 168; ZAFIR-VENTURINI, "Éxito o fracaso de una demanda por responsabilidad civil", ADCU, t. XXI, p. 513, refiriendo las soluciones pregonadas por la doctrina así como las que han sido adoptadas por los diversos sistemas legislativos a los efectos de atemperar esta desigualdad en la que se halla el particular profano.

[108] BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 41; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 242. No obstante, creemos que los dos ejemplos que proporcionan los últimos autores no son felices, al menos no en lo que hace a nuestro Derecho. En el primero de ellos se refiere un caso de la jurisprudencia argentina en el que se rechazó una demanda contra un abogado que había perdido un cheque rechaza- do por falta de fondos y que le fuera entregado para procurar su cobro, por entenderse que no mediaba concatenación causal adecuada entre el extravío del título valor y el no cobro del mismo por parte de su titular atento a que el mismo había sido rechazado por falta de fondos (nulo valor intrínseco como orden de pago) y que su cobro podía aun ser intentado en la vía del juicio ordinario. Coincidimos con BORDOLI ETCHAMENDI ("Examen...", *cit.,* p. 43) en el sentido de que a la luz de nuestro Derecho tal supuesto

distintas eximentes (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del tercero –dentro de los cuales se halla el propio cliente –) podrán hacerse valer por el profesional demandado a los efectos de procurar eximirse de responsabilidad, no obstante lo cual habrá que estar al caso concreto, pues sabido es que la sola concurrencia de una eximente no siempre es suficiente para librar de responsabilidad, sobre todo si la misma se vio precedida por la culpa[109].

IV-A. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ABOGADO.

1. Naturaleza jurídica del vínculo profesional-cliente.

La hipótesis más usual de responsabilidad civil del abogado será la de responsabilidad contractual, sea en virtud de la existencia de un contrato que le vincule con su cliente, sea en virtud de obligaciones legales o estatutarias respecto de su defendido[110]. La doctrina pacíficamente admite que la responsabilidad del abogado ante su cliente tiene naturaleza contractual[111]. En nuestro Derecho, también será contractual la responsabilidad del Defensor de Oficio ante su defendido,

configuraría una clara conducta negligente del abogado, por cuanto privaría a su cliente de la posibilidad de iniciar un juicio ejecutivo tendiente a su cobro obligándolo a recurrir a la vía del juicio ordinario, y para colmo, sin el necesario respaldo documentario ante la imposibilidad de agregar el título valor extraviado. El segundo ejemplo –ya de cátedra– sugiere la interrupción del nexo causal en el supuesto de que el abogado reciba un caso del cliente que ha sido previamente abandonado por su anterior abogado, habida cuenta que la estrategia profesional del caso puede no ser suficientemente comprendida por el letrado que asume la causa. Pensamos que en la hipótesis referida, el abogado que asume la defensa no incurrirá en responsabilidad si de allí en adelante no incurre en mala praxis profesional, con independencia de que la estrategia diseñada por el anterior defensor llegue o no a buen puerto, salvo claro está que al momento de aceptar el caso no haya reparado en la absoluta y grosera inviabilidad de la pretensión o de la estrategia ejercitada. Por lo demás, la mera dificultad en la comprensión de la estrategia legada no parece condecir con la nota de "irresistibilidad" exigida para que un acontecimiento opere como circunstancia interruptiva del nexo causal.

[109] GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1987, t. XVII, p. 183.

[110] *Vid.* por todos: ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 34.

[111] REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 791; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 33; RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad..., cit.,* p. 218; DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 245; entre otras posibles referencias.

por cuanto más allá de la inexistencia de contrato sus obliga- ciones le vienen impuestas legalmente(112).

Ahora bien, volviendo a la relación contractual que liga al profesional con su cliente, la doctrina no es unánime en la catalogación que merece dicho contrato. En efecto, se han postulado a nivel comparado en doctrina y jurisprudencia las más disímiles soluciones.

En España parece primar la tesis que postula que el contrato que vincula al abogado con su cliente a los efectos de la defensa en juicio o ya de asesoramiento profesional es un contrato de arrendamiento de servicios, en tanto que si el abogado compromete actividades extrajudiciales tales como la emisión de dictámenes, la redacción de documentos o la instrumentación de determinados negocios, se asiste a un contrato de arrendamiento de obra(113).

En Brasil, prevalece la opinión de que el vínculo que liga al abogado con su cliente en las actuaciones judiciales deriva del contrato de mandato (*mandato judicial*)(114).

---

(112) *Cfr.* BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 33. En Sentencia 29/99 el TAC 3º sostiene la contractualidad de la responsabilidad del Abogado de Oficio. *Contra:* LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsa- bilidad..., cit.,* p. 237, aunque atendiendo a una realidad legislativa diferente.

(113) GÓMEZ MONTERO, *Responsabilidad..., cit.,* p. 219; GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 31; CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 265 (aunque criticando dicha conceptuación); REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 789 y 791 (aunque admitiendo la posibilidad de su calificación como mandato); MOREO ARIZA, "La compleja...", *cit.,* p. 4 (aunque admitiendo la posibilidad de otros contratos y reconociendo que la dificultad de la cuestión se acrecienta al momento de la frecuente inserción de aboga- dos en el marco laboral de las empresas). En la Jurisprudencia: STS 21/11/70; STS 6/6/70; STS 17/9/83; STS 28/1/98, 25/3/98, STS 7/2/00, STS 30/7/01, STS 7/4/03, STS 8/4/03, STS 12/12/03, STS 14/12/05, donde se lee: "El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código Civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de 'arrendamiento'', como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto y que en el caso del Abogado se concreta en llevar la dirección de un pro- ceso, que es una actividad de medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercita- da sino a ejercitar esta de conformidad con lo pactado y por las normas previstas reglamentariamente...".

(114) ADONI, "A Responsabilidade Civil do Advogado e a Relação de Consumo", disponible en http:// flaviotartuce.adu.br/secoes/artigos/adoni_resp.doc.; DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 241.

En Argentina gana terreno en la doctrina y la jurisprudencia la caracterización del contrato que liga al abogado como *contrato multiforme, variable o proteiforme,* esto es, que en un mismo vínculo y según los casos podrá existir locación de obra, locación de servicios o incluso alguna que otra figura atípica[115].

En nuestro país, la catalogación del contrato que vincula al abogado con su cliente no ha tenido una respuesta única. Parece predominar en nuestro medio, desde un lejano estudio de GAMARRA[116], la tesis de que el contrato que liga al abogado con su cliente es un contrato de arrendamiento de obra[117]. Por su parte, distinguidas autoras[118] han encontrado en la base de la prestación profesional la existencia de vínculos obligacionales que se corresponden normalmente con las figuras del arrendamiento de obra y del arrendamiento de servicios, pudiendo incluso asistirse a una especie de contrato mixto o innominado a regirse por los principios y reglas generales del tipo contractual más afín. Más modernamente ORDOQUI[119] ha criticado la posición que ve en el contrato abogado-cliente un típico arrendamiento de obra, sosteniendo en lo medular que no puede pretenderse encasillar la figura en un tipo contractual determinado y admitiendo a la postre –y en virtud del carácter esencialmente variable de las relaciones reguladas– que podrán existir en el transcurso del vínculo abogado-cliente diversos contratos, pareciendo inclinarse por su calificación como "con- trato multiforme".

---

[115] *Vid.* MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad de los Abogados y Procuradores", *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños, cit.,* p. 48. Igualmente TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad Civil del Abogado,* Hammurabi, 1996, p. 119 (referencia de BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 35).

[116] GAMARRA, "Naturaleza del contrato que celebra el abogado con su cliente y actualización (ley 14.500) del crédito por honorarios en caso de regulación judicial", LJU, t. 83, I, p. 35. Ratifica su posición en el *Tratado..., cit.,* 1995, t. I, ps. 251-252.

[117] La posición del connotado civilista es recogida en múltiples sentencias, v.gr., S.C.J. S. 81/05 (LJU, c. 15.203 / ADCU, t. XXXVI, c. 1), TAC 2º S. 66/03 (LJU, c. 14.712), TAC 1º S. 144/02 (ADCU, t. 33, c. 566), TAC 3º S. 162/96 (LJU, c. 13.263), TAC 7º S. 180/99 (LJU, c. 13911 / ADCU, t. XXX, c. 703).

[118] SZAFIR-VENTURINI, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 153.

[119] ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* ps. 161-162.

Por nuestra parte, pensamos que no es menester hablar de "contratos multiformes, proteicos o variables", o ya de "contratos mixtos", denominaciones que poco o nada dicen sobre la naturaleza en sí del negocio. La cuestión aparece sumamente clara para quien quiera verla: en el transcurso del vínculo que relaciona al abogado con el particular que requiere sus servicios pueden concurrir las más diversas situaciones que ameriten la existencia de diversos contratos, siendo perfectamente imaginable que el tipo contractual que en un principio relacionó a las partes –v.gr., un arrendamiento de servicios–, pueda dar lugar en el transcurso de su ejecución a la presencia o existencia de otro u otros tipos contractuales – v.gr., arrendamiento de obra, mandato –.

De todas formas, y sea cual sea la solución en la materia, lo cierto es que no puede otorgarse a ella mayor relevancia de la que merece[120], ya que en derredor de la responsabilidad civil del abogado lo realmente crucial e indispensable será individualizar claramente qué tipo de obligaciones asume el profesional[121], si bien es cierto que la calificación contractual puede servir de base para dicha labor.

2. El haz obligacional. Los deberes del abogado.

El abogado se encuentra gravado con una serie de deberes, hacía sí mismo, hacia sus clientes, y hacia sus colegas y magistrados. Algunos deberes del abogado son deberes principales (esto sería, la prestación principal a que se halla obligado), en tanto que otros son reputados accesorios pero indispensables para permitir el cumplimiento de su encargo.

La doctrina, con variantes pero también coincidencias, ha propuesto un elenco de deberes que gravan al abogado y que puede sintetizarse como sigue: i) deber de conocimiento; ii) deber de permanente actualización; iii) deber de defender el honor y dignidad de la profesión; iv) deber de impedir el ejercicio ilegal de la profesión; v) deber de rechazar las causas injustas, imposibles o para las que no posea la preparación

[120] MOREO ARIZA, "La compleja...", *cit.,* p. 4.

[121] BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.*, ps. 35-36; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 243.

adecuada; vi) deber de pre- venir los litigios y favorecer las conciliaciones; vii) deber de veracidad; viii) deber de informar; ix) deber de no revelar los secretos; x) deber de seguir las instrucciones; xi) deber de custodia y devolución de la documentación; xii) deber de indicar al cliente los costos y honorarios aproximados de su gestión; xiii) deber de estudiar la causa; xiv) deber de patrocinio; xv) deber de diligencia y de procura de la mejor solución; xvi) deber de lealtad procesal, de recu- rrir a medios lícitos y de ajustar su conducta a la dignidad de la Justicia.

Los veremos sucintamente.

i) Deber de conocimiento: el abogado tiene el deber de saber, de conocer el Derecho, de conocer la doctrina y la jurisprudencia aplicable al caso concreto; debe conocer ese mínimo exigible a todo abogado (*lex artis ad hoc*)(122);

ii) Deber de permanente actualización: el abogado tiene el deber de actualizar permanentemente sus conocimientos, de un constante *aggiornamiento* científico so pena de quedar rezagado ante la permanente transformación del Derecho(123);

---

(122) ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 170; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 231; REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 795. Como se ha dicho acertadamente, no se espera que el abogado conozca todo el Derecho – cosa imposible de por sí –, pero si que conozca sus normas y principios básicos y/o fundamentales, y que se encuentre asimismo familiarizado con técnicas de búsqueda o investigación que le permitan descubrir el Derecho aplicable al caso concreto (MOLITERNO, *Professional Responsibility,* Aspen, 2006, p. 36). En este sentido, en sentencia de la Suprema Corte de California (*Smith v. Lewis*) se sostuvo por el Tribunal que el abogado generalmente no garantiza la infalibilidad de su opinión, pero es esperable, sin embargo, que posea un conocimiento de los elementales principios del Derecho que resultan comúnmente conocidos por los abogados bien informados, y que sea capaz de descubrir asimismo aquellas reglas jurídicas que no siendo tan comúnmente conocidas pueden empero ser halladas en base a habituales técnicas de búsqueda (*vid.* http://www.legalmalpracticelawreview.com).

(123) ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* lug. *cit.;* LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 232. Como se lee en el primer célebre mandamiento de COUTURE: *"Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado".*

iii) Deber de defender el honor y dignidad de la profesión: el abogado tiene el deber de combatir por todos los medios lícitos aquellas actitudes censurables de jueces y colegas, denunciando tales hechos ante las autoridades competentes y/o organismos representativos [124];

iv) Deber de impedir el ejercicio ilegal de la profesión: el abogado debe denunciar el ejercicio de la profesión por personas que no tengan el título habilitante o la correspondiente habilitación, así como la venta de firmas para los escritos[125];

v) Deber de rechazar las causas injustas, imposibles o para las que no posea la preparación adecuada: el abogado debe rechazar su patrocinio ante causas injustas y/o manifiestamente inviables, pudiendo sí hacerlo en las causas dudosas; asimismo debe el abogado rechazar aquellos asuntos para los cuales no posea los conocimientos necesarios o ya el tiempo de dedicación indispensable[126];

vi) Deber de prevenir los litigios y favorecer las conciliaciones: el abogado tiene el deber de procurar la composición y evitar el litigio, debiendo ser antes que nada un heraldo de la paz[127];

vii) Deber de veracidad: el abogado debe ser honesto y veraz respecto de su cliente y transmitirle siempre la verdad de los hechos, guardándose de inducirlo en engaño en cuanto a su situación real o sobre sus posibilidades en el juicio[128];

---

[124] ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 175.

[125] ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* lug. *cit.*

[126] ORDOQUI, *cit.,* p. 176; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 228. El Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea (Estrasburgo, 1988) postula en su Apartado 3.1.3: "El abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si sabe o debiera saber que no posee la competencia necesaria para ocuparse de él a menos que colabore con un abogado que tenga dicha competencia. El Abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si se encuentra imposibilitado para ocuparse de él con la debida rapidez, habido cuenta de sus otras obligaciones".

[127] ORDOQUI, *cit.,* lug. *cit.*

[128] ORDOQUI, *cit.,* p. 171; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *cit.,* lug. *cit.*

viii) Deber de informar: el abogado tiene el deber de informar a su cliente durante todo el tiempo que dure la relación, incluso después de su conclusión[129];

ix) Deber de no revelar los secretos: el abogado tiene el deber –y el derecho– de guardar secreto profesional y no revelar ninguna de las confidencias que le han sido hechas, respetando de esa forma la confianza depositada en él por su cliente[130];

x) Deber de seguir las instrucciones: el abogado, sin perder su independencia técni- ca y previa información y/o consejo debe consultar a su cliente sobre las acciones a seguir, no debiendo contrariar con sus actos las indicaciones expresas de éste[131];

---

[129] REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad..."; *cit.,* p. 792; CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.,* ps. 266-267. Enseña SERRA (referencia de LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 230): "guardián de los intereses de su cliente, el abogado está sujeto, en ciertas circunstancias, en el marco de su deber de consejo, *a una obligación de resultado consistente en informar a su cliente y a provocar la reflexión de este último*" (énfasis agregado). Acertadamente se ha dicho que la información a que refiere el deber no es cualquiera, sino aquella que es imprescindible hacer conocer al cliente. Del mismo modo, también se ha dicho que no basta con hacer llegar al ámbito de los interesados la información, sino procurar que la misma sea efectivamente aprehendida y comprendida por los destinatarios, no obstante lo cual, y ante la dificultad o ya imposibilidad que supondrá en ciertos casos la explicación satisfactoria de cuestiones técnicas a personas no entendidas en Derecho, se ha postulado que el abogado cumplirá con su deber, independientemente de la comprensión efectiva del cliente, si despliega toda su diligencia procurando que la información que transmite sea cabalmente entendida por los destinatarios (CRESPO MORA, *cit.,* p. 268). La jurisprudencia española es rica en fallos relativos a responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de su deber de informar (a guisa de ejemplo: STS 16/12/96, STS 14/5/99, STS 18/2/05, STS 14/12/05, SAP 20/7/98, SAP 22/6/00, SAP 29/11/00, SAP 28/5/03, etc.)(*vid. infra* § IV-A, 5.3).

[130] ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 171; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 227; CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 269. Como señala insuperablemente LANDONI, – en palabras que interesan a este tema – "la primera dificultad del abogado, aparece en el mismo instante en que el cliente le plantea su problema. *El Abogado actúa en ese momento como un confesor. El Médico le dice al paciente desvístase, el Abogado, en cambio, le indica al cliente cuénteme su caso, lo que es una manera mucho más triste de desvestirse"* (énfasis agregado)("Ética...", *cit.,* p. 227).

[131] *Cfr.* CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.,* ps. 270-271.

xi) Deber de custodia y devolución de la documentación: el abogado deberá custodiar adecuadamente todos los elementos que le entregue su cliente, así como escritos, pruebas y copias de documentos que reciba o lleguen a su poder en relación con la causa; al momento de la extinción del vínculo con su cliente, tiene el deber de devolver – si fuere ello posible – la documentación o los elementos entregados, sin perjuicio del derecho de retención sobre los mismos como mecanismo tendiente al cobro de los honorarios(132);

xii) Deber de indicar al cliente los costos y honorarios aproximados de su gestión: el abogado debe informar a sus clientes o potenciales clientes sobre los costos aproximados que demandará su gestión, así como el monto aproximado de sus honorarios o ya las pautas de su estimación, si es que ellos no se regulan por sistema arancelario(133);

xiii) Deber de estudiar la causa: el abogado debe estudiar el caso de su cliente, procurando tomar conocimiento lo más detallado posible de los hechos a los efectos de su debido encuadre en la estrategia procesal(134);

xiv) Deber de patrocinio: el abogado no está obligado –al menos no fuera de la moral y salvo los casos de los Defensores de Oficio– a comprometer su patrocinio y defensa en todos los casos que se le presenten, aunque una vez que acepta un caso y asume la defensa debe absoluta lealtad a su cliente(135);

xv) Deber de diligencia y de procura de la mejor solución: el abogado debe desplegar una labor diligente tendiente a evitar el enlentecimiento o paralización de los procedimientos en perjuicio de su cliente, así como procurar el menor costo de los mismos, en tanto que buscar la

(132) CRESPO MORA, *cit.,* p. 271; REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 793; ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* ps. 176-177.

(133) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 231.

(134) ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 170. La jurisprudencia norteamericana (*Thompson v. Seligman*) tiene dicho que el abogado tiene la responsabilidad de investigar y preparar cada fase del caso de su cliente (http://www.legalmalpracticelawreview.com).

(135) Como dijera COUTURE: *Antes de la aceptación de la causa, el Abogado tiene libertad para decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la libertad, sino la lealtad.*

mejor solución –dentro de todas las posibles– para su defendido o representado[136], y;

xvi) Deber de lealtad procesal, de recurrir a medios lícitos y de ajustar su conducta a la dignidad de la Justicia: el abogado debe actuar con lealtad y buena fe ajustando su conducta a la dignidad de la Justicia (art. 5 CGP) y evitando recurrir a ardides, artimañas o me- dios ilícitos tendientes a hacer triunfar las causas injustas, o ya demorar las justas; la nobleza que reviste la abogacía radica en que ella no echa mano de la injuria y de la ofensa para cumplir sus altísimos propósitos, sino que, por el contrario, *consiste en el arte de cruzar lanzas sin herirse*[137].

3. Naturaleza de las obligaciones que recaen sobre el abogado. Incidencia sustancial y procesal de la cuestión.

La clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios (también llamadas de prudencia y diligencia) y obligaciones de resultado (también llamadas determinadas) se muestra vital en el análisis de la responsabilidad civil profesional, y más concretamente en el estudio de la responsabilidad civil que compete al abogado. Como se ha dicho con acierto, y más allá de las críticas y cuestionamientos de la doctrina[138] la distinción reseñada es lo que mayormente interesa a la hora de considerar la responsabilidad civil profesional[139], dependiendo de la clase de obligación que asuma el mismo la presencia de uno u otro factor de imputación.

La clasificación –se ha dicho– descansa sobre el hecho de que unas veces el deudor está obligado a realizar un hecho determinado o ya lograr un resultado, en tanto que otras veces el deudor no está obligado sino a observar diligencia, esto es a conducirse con prudencia, procurando de esta forma obtener el resultado apetecido[140].

---

[136] ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 173.

[137] LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 233.

[138] En nuestro medio, *vid.* CAFFERA-MARIÑO, "Obligaciones de medios y de resultado. Análisis de la fundamentación de las categorías y su operativa en los contratos de engineering y de desarrollo de custom software", en ADCU, t. XXVII, p. 423 y ss.

[139] LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *cit.,* p. 243; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 36.

[140] MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 21.

Lo cierto es que no hay una diferencia de esencia entre ambos tipos de obligaciones, siendo que ambas tienen por objeto un comportamiento, reduciéndose las distinciones a cuestiones circunstanciales pero de gran importancia: exigencia / inexigencia de un resulta- do[141]. La identidad ontológica entre ambos tipos de obligaciones –uno de los argumentos tradicionales para restar valor a la clasificación– fue tempranamente advertida por la doctrina civilista más calificada, reconociéndose que "en el fondo, *toda obligación contractual tiene por objeto cierta diligencia del deudor*"[142].

Ahora bien, atento a cuanto viene de decirse, es dable observar que el criterio de distinción mayormente firme entre ambos tipos de obligaciones radica en la *aleatoriedad del resultado*[143]. En efecto, como enseñó TUNC[144], "la obligación tiene por objeto ese resultado cuando cabe presumir que se obtendrá por la diligencia del deudor; en el caso contrario, tiene por objeto la diligencia en sí misma. Sin duda, la diligencia humana no tiene nunca asegurado el éxito, y eso es lo que hace necesario el reconocimiento de los casos de fuerza mayor. Pero cuando lo

---

[141] "El objeto de la obligación – dice ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 24 – en los dos casos implica un comportamiento, una conducta del deudor, y por ello se dice que desde el punto de vista ontológico no es posible advertir diferencias sustanciales entre ambos tipos de obligaciones. Las diferencias están en aspectos específicos y no en los genéricos, pues, como dijimos, en un caso el fin último esperado es potencial o contingente, y en el otro caso es exigible en su totalidad".

[142] TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence,* en MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 28. Posteriormente el mismo autor y sus colegas afirmaron: "Al respecto se impone inmediatamente una observación: (...) y es que el cumplimiento de una obligación de resultado impone, en realidad, cierta diligencia. El hombre no pronuncia un *¡Fiat!;* no es todopoderoso al que baste querer para realizar; la persecución del objetivo más modesto puede exigirle, por el contrario, múltiples gestiones sin estar seguro del éxito" (MAZEAUD-TUNC, *Tratado..., cit.,* t, I, vol. I, p. 129).

[143] GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XX, p. 77; y del mismo autor: "Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad", ADCU, t. XIII, p. 128. Sin embargo, es interesante también el punto de vista que aporta MENGONI (la obligación de resultado como sastisfactiva del interés primario del acreedor, la obligación de medios como satisfactiva del interés secundario y eventualmente satisfactiva del interés primario) (GAMARRA, *Responsabilidad..., cit.,* t. II, p. 397).

[144] TUNC, *La distinction..., cit.,* p. 29.

aleatorio es demasiado considerable no cabe descuidarlo, incluso provisionalmente y sentando una simple presunción, y es cuando se precisa tomar como objeto de la obligación la sola diligencia del deudor".

Pues bien, sobre estas bases ¿qué clase de obligaciones asume el abogado?

La generalidad de la doctrina corre presurosa a afirmar que el abogado no asume sino una obligación de medios, con lo cual se ve luego forzada a volver sobre sus pasos y reconocer también la posibilidad de que se asuman obligaciones de resultado. Es indudable, a nuestro juicio, que el abogado puede asumir tanto obligaciones de medios, como asimismo obligaciones de resultado; incluso puede asumir ambos tipos de obligaciones en una misma relación(145).

La respuesta, por consiguiente, no puede ser única y *a priori* válida para todos los supuestos o labores que puede llegar a cumplir un abogado; es menester, por consiguiente, distinguir primero las distintas clases de actuaciones para luego entrever la naturaleza de las obligaciones en ellas comprometidas(146).

Así las cosas, si el abogado actúa como letrado apoderado su obligación será de resultado, salvo la hipótesis de que actúe en la doble calidad de abogado-procurador (patrocinante), donde coexistirán ambos tipos de obligaciones. En el supuesto de abogado que actúa como letrado patrocinante –no apoderado–, las obligaciones serán esencialmente de medios, sin perjuicio de la existencia concomitante de diversas obligaciones de resultado. En el caso de que actúe como redactor de documentos o ya instrumentador de determinados negocios jurídicos, su responsabilidad vendría a ser objetiva respecto de los actos encomendados. Finalmente, puede plantear dudas el caso del abogado consultor o dicta-

(145) *Cfr.* sobre estas ideas: MAZEAUD, *Lecciones..., cit.,* vol. II, p. 23; GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, tomo XX, ps. 78-80; ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 25; SZAFIR-VENTURINI, "Responsabilidad...", *cit.,* ps. 53-54. En este sentido: S.C.J., S. 81/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 1).

(146) En este sentido: BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* ps. 36-38, a quien se sigue, con alguna variante, en esta parte de la exposición.

minante, en cuanto a si debe responder objetiva o ya subjetivamente por los perjuicios que se deriven de su informe, consejo o asesoramiento[147].

Ahora bien, ¿cuál es el interés que presenta esta distinción entre ambos tipos de obligaciones? A nuestro juicio, dicha clasificación reviste un doble interés, o si se prefiere, un interés en un doble plano: sustancial y procesal.

En el plano *sustancial* interesa por cuanto contribuye a delimitar el objeto y alcance mismo de la obligación que asume el deudor.

En el plano *adjetivo o procesal* importa en cuanto al tema del objeto de la prueba, teniendo a su vez especial incidencia en materia de eximentes de responsabilidad y en el tema de la reprochabilidad del incumplimiento.

---

[147] Sin desconocer lo opinable del punto, a nuestro juicio para la adecuada dilucidación del tema es menester estar al caso concreto y apreciar debidamente el objeto y función que está llamado a servir el in- forme o dictamen profesional. Así, en los supuestos del abogado consultor o consejero legal podría asistirse tanto a obligaciones de medios como así también de resultados. En efecto, si bien no puede dudarse que la entrega material de un informe o la emisión efectiva de un dictamen parecen no escapar de la órbita de facultades del abogado (no aleatoriedad de la prestación), lo cierto es que indudablemente el interés del cliente consultante por lo general no radica en la mera recepción del material o en el simple conocimiento del dictamen, sino antes bien en el contenido del mismo y en los beneficios que de dicha información pueda obtener. Y aquí es donde hay que apreciar la aleatoriedad de las circunstancias que sirven de referencia al dictamen. Por ende, pensamos que en aquellas cuestiones fácticas y/o jurídicas que no presenten aleatoriedad o cuya aleatoriedad sea despreciable (v.gr., simple consulta sobre los requisitos para celebrar un contrato, para otorgar capitulaciones, para ejercer un derecho de receso, etc.) la obligación del profesional de entregar información adecuada que se corresponda con los hechos y el objeto de lo consultado deberá ser vista como una obligación de resultado, en tanto que si el consejo o dictamen refiere a circunstancias aleatorias, no univocas u oscuras en su tratamiento legislativo y jurisprudencial (v.gr., dictamen sobre las posibilidades de una demanda en juicio, consejo sobre la viabilidad o inviabilidad de una determinada pretensión, etc.) la obligación deberá verse como una obligación de medios, cumpliendo con ella el profesional que informe adecuada y suficientemente al cliente sobre todas las posibilidades o variantes que el punto ofrece, aunque a la postre la opinión adelantada no lleve al cliente al éxito de su interés. *Contra:* REGLERO CAMPOS, "La Respon- sabilidad...", *cit.,* p. 791.

En efecto, y atendiendo ahora al plano estrictamente procesal, debe verse que la clasificación en examen interesa en cuanto al *objeto de la prueba* –esto es, qué es lo que se debe probar– y no en lo que hace a la carga de la prueba, como equivocadamente ha sido afirmado por muchos. Han sido SZAFIR y VENTURINI(148) quienes se encargaron de situar esta cuestión en su justo término, afirmando que "la mentada clasificación en de medios y de resultado no altera la carga de la prueba, que permanece en el ámbito del acreedor, y asume relevancia exclusivamente en lo atinente a qué extremos deben probarse en uno y otro caso, para que el magistrado estime que hay incumplimiento"(149).

No cabe otra solución que compartir lo expresado por las distinguidas magistradas.

En efecto, la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado incide en cuanto al objeto de la prueba (aquello que se debe probar), pero no en la carga de la prueba (quien debe probar), carga que en ambos casos grava al acreedor de la prestación. Es por otra parte, la solución legal (art. 139 CGP)(150).

La carga de la prueba traduce un verdadero *imperativo del propio interés,* y se reduce –en su sentido estrictamente procesal– a la conducta impuesta a los litigantes para que acrediten la verdad de los hechos alegados; la parte se desprende de su carga si logra acreditar los hechos que fundamentan su pretensión(151).

Empero, y más allá de postular que la carga de la prueba constituye una regla de conducta para las partes(152), lo cierto es que la evolución que ha mostrado el instituto lleva asimismo a postular que la clasificación en examen no guarda relación con el tema de la carga de la prueba. En

(148) SZAFIR-VENTURINI, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 155.

(149) SZAFIR-VENTURINI, "Éxito...", *cit.,* p. 506.

(150) "Corresponde probar, *a quien pretende algo,* los hechos constitutivos de su pretensión...".

(151) COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* DePalma, 1981, ps. 241-242.

(152) Regla que descansa en ese imperativo del propio interés y que ordena probar, so pena de sucumbir.

este sentido, sabido es que el concepto de carga de la prueba ha venido transformándose en el tiempo, habiéndose pasado de la carga probatoria como una regla de conducta a la carga probatoria como una regla de juicio –ante orfandad de pruebas– que sólo interesa al decisor[153]. "El juez –decía GOLDSCHMIDT[154]– no necesita discernir la cuestión acerca de la parte a la cual incumbe la carga de la prueba hasta el momento de pronunciar la sentencia. Por ello puede asumir la contraprueba alegada por el adversario de la parte gravada con la prueba. Si con aquélla se consigue un resultado probatorio completo, no surge prácticamente la cuestión de la carga de la prueba".

Por consiguiente, y atento a todo lo manifestado, cabe concluir en lo siguiente: tanto si se trata de obligaciones de medios como si se trata de obligaciones de resultado tocará al actor (acreedor) acreditar no sólo la existencia de la obligación, sino también su incumplimiento. En las obligaciones de medios deberá probar que el profesional no fue diligente en el cumplimiento de la prestación (la llamada por algunos *prueba diabólica*), en tanto que en las obligaciones de resultado le bastará simplemente con acreditar que el resultado debido no se obtuvo, con entera prescindencia de la diligencia o falta de diligencia del deudor[155].

Así también, interesa la distinción en examen, asimismo, en cuanto excluye de nuestro Derecho la ausencia de culpa como eximente de responsabilidad. En efecto, de la culpa se prescinde en las obligaciones de resultado (responsabilidad objetiva), en tanto que en las obligaciones de medio una vez probada la culpa se habrá incumplido la obligación, y es claro que existiendo culpa probada mal podría permitirse al deudor –salvo casos de presunciones de culpabilidad– intentar eximirse probando la ausencia de culpa[156]. Como acertadamente se dijera entre nosotros, no

---

[153] *Cfr.* en este sentido las opiniones de MICHELI (*La carga de la prueba,* Bs. As., 1961, p. 31), DEVIS ECHANDÍA (*Teoría general de la prueba judicial,* Bs. As., 1970, p. 425) y PALACIO (*Derecho procesal civil,* Bs. As., 1972, t. IV, ps. 362-363), citados por VÉSCOVI y sus colaboradores, *Código General del Proceso. Comenta- do, anotado y concordado,* t. IV, p. 72 (en notas).

[154] GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil,* Ed. Labor, 1936, p. 255.

[155] *Vid.* por todos: GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XX, p. 78; *Responsabilidad..., cit.,* t. II, p. 400.

se concibe en las obligaciones de medios un incumplimiento no culpable[157].

4. El incumplimiento de las obligaciones de medios por parte del abogado.

4.1. ¿Cuándo incumple el abogado sus obligaciones (de medios)? La falta de diligencia o culpa profesional.

Existe un firme consenso en admitir que las obligaciones que asume el abogado son, por lo general, obligaciones de medios[158]. Ello es así, de regla, en lo que hace a sus actuaciones judiciales encaminadas a la defensa y/o patrocinio de su cliente, concretamente en lo que respecta al resultado del juicio[159].

Como se ha dicho con acierto, el abogado no puede prometer resultados– puesto que ellos no dependen exclusivamente de él –y lo único que si puede prometer a su cliente – puesto que esto si le pertenece en forma exclusiva –es su actuación diligente a los efectos de que se llegue al resultado esperado[160]. Ello es así – se sostuvo con entera razón

---

[156] *Cfr.* SZAFIR-VENTURINI, "Éxito...", *cit.,* p. 506; *contra:* ORDOQUI, *Responsabilidad civil..., cit.,* p. 35.

[157] ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 35.

[158] *Cfr.* entre otros: LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 243; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría..., cit.,* p. 443; REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 788; DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 245.

[159] BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 42; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* lug. *cit.*

[160] *Vid.* por todos: LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *cit.,* p. 244: En nuestra jurisprudencia se dijo que "cuando el profesional es contratado, asume una obligación de medios puesto que como ha dicho la jurisprudencia y la doctrina, 'tratándose de cuestiones opinables sometidas a decisión judicial, no puede razonablemente prometer o asegurar resultados exitosos de sus gestiones profesionales" (TAC 6º, S. 119/04, ADCU, t. XXXV, c. 690). En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia española, sosteniendo que "ha de calificarse de correcta la afirmación de la Sala de apelación respecto a que la obligación que asume el Abogado que se compromete a la defensa judicial de su cliente no es de resultados, sino de medios. (...) no se trata, por tanto, de que el Abogado haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa ha asumido, si es exigible que ponga a contribución todos

– por cuanto "lo específico o peculiar de esta responsabilidad tiene que ver con el 'material' que abogados y procuradores manipulan: normas, usos y costumbres, principios generales, el ordenamiento jurídico, en fin: 'ciencia blanda', 'arte de lo justo', sujeto a interpretación y aplicación por hombres, donde toda anticipación es mera conjetura"(161).

Y bien, siendo que el abogado asume como regla general obligaciones de medios, y que por ello mismo no está en condiciones de garantizar resultados, cabe preguntarse cuándo (o de qué forma) incumple el abogado dichas obligaciones a su cargo.

En un antiquísimo precedente jurisprudencial del sistema del *common law* que data de 1880 (U.S. Supreme Court, *National Savings Bank v. Ward*) se lee ya una conceptuación de la negligencia profesional que lleva al incumplimiento de la obligación asumida y que por tanto genera responsabilidad; la negligencia resulta del incumplimiento por parte del abogado del deber de actuar con un razonable grado de atención y habilidad en el desarrollo de sus deberes(162). Desde el *leading case* en la materia (*Stevens v. White,* 1776), y en adelante, la negligencia profesional resulta básicamente entendida como el quebrantamiento de los debe- res que incumben al abogado en el desarrollo de su profesión(163).

Pues bien, al presente bien puede decirse que la idea sigue siendo esencialmente la misma. El abogado incumple sus obligaciones (de medios) cuando actúa sin la diligencia debida y necesaria para la consecución de los resultados esperados(164), cuando su labor no se ajusta

---

los conocimientos, la diligencia y la prudencia que, en condiciones normales, permitirían obtenerlo, como son – a título de simple ejemplo – la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de plazos y términos legales, etc." (STS 8/4/03).

(161) MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 42.

(162) SALINGER, *Encyclopedia of white collar & Corporate Crime,* SAGE, 2005, vol. II, p. 494.

(163) SALINGER, *cit.,* lug. *cit.*

(164) GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 31; MOLITERNO, *Professional..., cit.,* p. 37.

a los cánones de diligencia que le impone su profesión (*lex artis*)[165], cuando ignora o desconoce lo que razonablemente debiera conocer[166]; cuando no se comporta con la diligencia de un buen abogado o de un buen abogado medio[167], en resumidas cuentas, cuando incurre en culpa.

Ahora bien, atendiendo a las peculiaridades que plantea la presencia de un sujeto calificado en la relación, cabe preguntarse si ello no incide en materia de culpabilidad, esto es, si no demandará ello la necesidad de un patrón de imputación distinto de la mera culpa común. La negativa se impone; en efecto, doctrina y jurisprudencia son contestes en reconocer que el régimen de la culpa no presenta particularidades en la responsabilidad civil profesional, estando por consiguiente los profesionales sujetos a los principios generales[168]. La culpa profesional queda reducida, entonces, simplemente a una mera nomenclatura referida a la falta a los deberes especiales que impone una determinada profesión[169].

---

[165] SERRA RODRÍGUEZ, *Responsabilidad..., cit.,* p. 131; REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 788.

[166] *Cfr.* ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 162; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 252; REGLERO CAMPOS, *cit.,* p. 795, sosteniendo que "el Abogado incurrirá en responsabilidad no por tener una formación o pericia inferior a otros Abogados, sino cuando en el concreto asunto que lleve su actuación no alcance la diligencia que le es exigible, o bien cuando no alcance el mínimo de diligencia exigible a cualquier Abogado". En este sentido, la jurisprudencia argentina tiene dicho que "la culpa del abogado se caracteriza por haber causado un perjuicio a su cliente con su actuación, su dirección o sus consejos, *en virtud de no haber sabido lo que un profesional de su categoría ha debido saber*" (Cám. 1 C.Com., Mar del Plata, Sala 1ª, 17/IX/96).

[167] CUETO RÚA, "El buen abogado litigante", LA LEY 1988-A, p. 713; MOSSET ITURRASPE; "Responsabilidad", *cit.,* p. 70 (en nota); ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* ps. 34-35.

[168] LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 247; ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 35; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 44. PADILLA-PADILLA, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 388; TAC 3º, S. 19/04 (ADCU, t. 35, c. 689); TAC 7º, S. 10/00 (ADCU, t. 31, c. 777), TAC 6º, S. 296/00 (LJU, c. 14.242).

[169] MAZEAUD-TUNC, *Tratado..., cit.,* t. I, vol. I, p. 291; GHERSI, *Responsabilidad…, cit.,* t. I, p. 91.

El art. 1344 CC sienta el principio general en la materia de culpabilidad[170]: la culpa como falta –grave o leve– de cuidado o diligencia, el standard o patrón de referencia (la fi- gura del "buen padre de familia")[171], y la extensión de la diligencia de conformidad con la naturaleza del contrato o con el conjunto de las circunstancias[172].

La culpa puede asumir distintos "rostros" o ya evidenciarse de diversas maneras; a saber: impericia, imprudencia, negligencia y violación de leyes y reglamentos. Todo ello es enteramente aplicable a la figura del profesional – concretamente del abogado –, quien puede incurrir en culpa en base a impericia (esto es, desconocimiento de las reglas de su arte o profesión), imprudencia (esto es, hacer de más pero hacerlo mal – *culpa in agendo* –), negligencia (o sea, hacer de menos, *culpa in omitendo*), o por violación de leyes o reglamentos[173].

---

[170] Art. 1344: Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve. / Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya que tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar culpa leve. / Esa obliga- ción, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias, en los casos especialmente previstos por este Código.

[171] Apreciación de la culpa *in abstracto.* Sobre el standard de referencia: *infra* IV-A, 4.2.

[172] Atemperación de la apreciación *in abstracto* de la culpabilidad, según los casos. ¿Cuáles son estas circunstancias de que habla la ley? La persona de que se trate, los medios de que dispone, el lugar en el que se halla, etc. (*cfr.* ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 35). Sobre textos similares al nuestro, la doctrina argentina ha postulado que la apreciación de la culpa profesional debe hacerse en concreto y en abstracto simultáneamente (LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 245 y ss.). En España algún autor ha sostenido que la apreciación de la culpa del profesional no puede de ninguna forma hacerse en abstracto (imposibilidad de hablar de un canon objetivo de diligencia), debiendo en todos los casos hacerse en concreto (*quam in suis*) (REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 794).

[173] *Cfr.* MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 71; SZAFIR-VENTURINI, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 159; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 44. *Contra:* PADILLA-PADILLA, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 32, quienes postulan – como insinúa ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p.35 – que en materia de profesionales sólo cabría hablar de impericia (como género), pudiendo ésta manifestarse tanto en forma de negligencia o ya de imprudencia (especies dentro de la impericia). Creemos que esta posición no es de recibo; la impericia es cosa ontológicamente diversa tanto de la negligencia como respecto de la imprudencia, siendo fácilmente imaginable que un profesional técnicamente preparado pueda cometer actos imprudentes o negligentes

4.2. El standard de referencia: la figura del buen profesional. El caso del profesional especialista.

Según hemos visto, el art. 1344 CC que rige la materia de la culpa en la responsabilidad civil profesional edicta que el deudor debe prestar, pues, toda la diligencia de un "buen padre de familia" *(diligens pater familias)* en el cumplimiento de la prestación. Ahora bien, tratándose de un sujeto calificado ¿rige a su respecto el mentado standard de referencia o es preciso hallar algún otro que contemple mayormente las peculiaridades de su condición?.

La doctrina en su mayoría postula que el standard de referencia, tratándose de responsabilidad civil profesional, no debe ser el mero "buen padre de familia" sino que es menester referirse como criterio orientador al "buen profesional"(174). En materia de responsabilidad civil del abogado, entonces, la referencia deberá hacerse al "buen abogado", o al "buen abogado medio"(175), que es la versión profesional del "buen padre de familia" o del "comerciante honesto"(176), y que supone aquel abogado que ha adquirido los conocimientos inherentes a su profesión y que se mantiene actualizado y debidamente informado no sólo respecto de las leyes, sino también respecto de la doctrina y la jurisprudencia(177).

Por consiguiente, para apreciar la culpa del abogado, esto es, si ha incurrido en un obrar imperito, imprudente o negligente, habrá que comparar su accionar con lo que habría hecho en su lugar un buen

---

que no derivarán por consiguiente de impericia alguna (MOSSET ITURRASPE, *cit.,* p. 71 – en nota –).

(174) *Cfr.* MAZEAUD-TUNC, *Tratado..., cit.,* t. I, vol. II, p. 438. "No podría compararse – dicen SZAFIR-VENTURINI – la gestión de un profesional con la actuación de alguien que simplemente es un buen padre de familia. Debemos equilibrar ambos extremos de manera de hacer posible la comparación, y entonces enfrentaremos al profesional actuante con el modelo abstracto de un profesional medio, el que debe actuar con cuidado y diligencia y de conformidad con las reglas de la respectiva profesión" ("Responsabilidad...", *cit.,* p. 159).

(175) *Vid.* por todos: CUETO RÚA, "El buen...", *cit.,* p. 713 y ss.

(176) *Cfr.* MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 70 (en nota).

(177) *Cfr.* BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 45.

abogado, o un buen abogado medio, o lo que es igual, un abogado diligente[178]. La jurisprudencia ha aceptado este punto de referencia[179].

En lo que hace al profesional o abogado especialista la doctrina postula una modificación al canon de diligencia exigible, que ya no podrá ser la de un buen padre de familia[180], en tanto es claro –como dice ORDOQUI[181]– que si se contrata a un especialista o a un profesor la diligencia exigida seguramente deberá ser mayor (diligencia del "buen especialista")[182].

4.3. Convencionalidad y diligencia máxima. Convencionalidad y responsabilidad objetiva.

En principio, y no obstante no ser lo que usualmente acontece en la práctica, parecería que nada obsta a que el profesional pacte con el cliente su compromiso a desplegar una diligencia máxima en la prestación (acercándose de ese modo al standard del especia- lista), o ya a obtener un determinado resultado en su gestión[183].

---

[178] LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 247; KAUFFMAN, *Legal Ethics,* Cengage Learning, 2008, p. 503.

[179] S.C.J., S. 91/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 639)("...pues no constituyeron dificultades insuperables, irresistibles [para cualquier abogado medianamente diligente]..."); TAC 7º, S. 34/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 641)("...pero una diligencia media del profesional hubiera permitido..."); TAC 6º, S. 75/04 (ADCU, t. XXXV, c. 691)("...y que otra podría haber sido su suerte si hubiera estado asistida por un profesional diligente..."); TAC 2º, S. 201/04 (ADCU, t. XXXV, c. 692)("...para un profesional de su categoría o contrariando la diligencia pro- fesional media..."); TAC 1º, S. 144/02 (ADCU, t. XXXIII, c. 566)("...una profesional que hubiera empleado una diligencia profesional media...").

[180] SZAFIR-VENTURINI, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 159.

[181] ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 163.

[182] BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 48; MOLITERNO, *Professional..., cit.,* p. 36; FORTUNE et al, *Modern litigation and professional responsibility handbook,* Aspen, 2000, p. 10. *Cfr.* GAMA- RRA, *Responsabilidad Civil Médica,* FCU, 1999, t. I, p. 59, con argumentos enteramente aplicables a la figura del abogado, y sosteniendo que un error que sería disculpable en cualquier médico [léase abogado] puede dejar de serlo si quien lo comete es un especialista.

[183] SZAFIR-VENTURINI, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 161; ADONI, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 11. Como se ha dicho lúcidamente, la voluntad de las partes (por el principio de la autonomía de la voluntad) es libre para transformar una obligación de

En efecto, se trataría de un convenio marcadamente inspirado en el principio *favor debilis* (el particular profano), y por lo tanto, difícilmente concebible como cláusula leonina o abusiva[184]. Tampoco parecería asistirse a un caso de obligación contraria a ley prohibitiva, ya a la moral, el orden público o las buenas costumbres.

4.4. Casuística. Manifestaciones del incumplimiento.

En el presente número procuraremos ofrecer una somera revista de algunos supuestos de incumplimiento por el abogado de sus obligaciones (de medios) que pueden ser generadores de responsabilidad civil.

i) responsabilidad por no realizar adecuado seguimiento del juicio[185];

ii) responsabilidad por no justificar incomparecencia a la Audiencia Preliminar[186];

---

resultados en una obligación de medios, y viceversa (GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XX, p. 79).

[184] Aunque podría plantear alguna interrogante el supuesto en que el propio abogado es la parte débil en la contratación (v.gr., abogado que contrata con una empresa la prestación de sus servicios profesionales). En tal caso, ¿una cláusula que imponga a éste una responsabilidad objetiva o ya una obligación de diligencia máxima podría llegar a ser tildada de abusiva? Creemos que difícilmente pueda inscribirse al abogado – merced de su condición profesional y de su especial calificación en la materia objeto de la prestación – como parte débil en la contratación, debiendo primar a su respecto – esto es, en la asunción de obligaciones de resultado o ya en el compromiso de una diligencia mayor a la media – el principio de la autonomía de la voluntad.

[185] S.C.J., S. 91/05, ADCU, t. XXXVI, c. 639. En el caso, el abogado no concurrió durante más de dos años a examinar el expediente en el que se remataba un bien garantizado con hipoteca a favor de su patrocinado. La Corporación entendió que había mediado un incumplimiento por parte del abogado, no obstante lo cual se pronunció por la concurrencia de otras causales generadoras del perjuicio (el dolo del ejecutante que solicitó indebidamente el libramiento a su favor de órdenes de pago que desconocían la preferencia del acreedor hipotecario, su libramiento indebido por la Oficina Actuaria, y la conducta del Banco que habiendo sido notificado en su domicilio no envió el cedulón al abogado para su control pertinente) que no alcanzando para eximir de responsabilidad al letrado, redujeron la incidencia causal de su omisión a un veinte por ciento.

iii) responsabilidad por manifiesto desinterés en la causa[187];

iv) responsabilidad por defectuoso asesoramiento[188];

v) responsabilidad por dejar prescribir la acción[189];

vi) responsabilidad por perención de la instancia[190];

vii) responsabilidad por no contestación de traslados y no comunicación del cese del patrocinio en debida forma[191];

---

[186] TAC 7º, S. 34/05, ADCU, t. XXXVI, c. 641. En el caso el abogado no comunicó la fecha de la Audiencia a su cliente y tampoco compareció a la misma a los efectos de justificar la ausencia de la parte, pro-curando atribuir la responsabilidad a su representado (quien según su versión nunca llegó al bar donde le esperaba), lo que fue desestimado por el Tribunal.

[187] TAC 6º, S. 119/04, ADCU, t. XXXV, c. 690. En el caso el Tribunal entendió que existió un marcado desinterés del abogado en la causa, desestimando la defensa alegada respecto que el cliente habría incurrido en responsabilidad al negarse a entregarle dinero para los gastos de la gestión, por cuanto en tal caso el abogado debió haber renunciado a su patrocinio pero no abandonar la suerte del juicio.

[188] TAC 6º, S. 75/04, ADCU, t. XXXV, c. 691.

[189] TAC 1º, S. 144/02, ADCU, t. XXX, c. 566. En el caso, la abogada dejó prescribir la acción por responsabilidad extracontractual, recién habiendo iniciado las gestiones una vez que la prescripción ya había operado. El Tribunal entendió que la abogada, ante la inminente cercanía de la prescripción al momento de aceptar el caso – cosa que hizo sin reservas – debió otorgarle prioritaria atención, debiendo haber presentado la demanda temporáneamente sin perjuicio de subsanar posteriormente, y una vez interrumpida la prescripción, la falta de conciliación previa.

[190] Sobre todo si ella se produce en Segunda Instancia o en Casación dejando firme la sentencia recurrida (art. 239 inc. 2 CGP). Asimismo, atento a que tras la misma puede operarse la prescripción (art. 240 *eiusdem*).

[191] S.C.J., S. 186/2001, ADCU, t. XXXII, c. 675: la Corporación entendió que "el abogado puede ciertamente dejar la defensa pero debe hacerlo sin perjudicar a su cliente, de forma que este pueda obtener el apoyo de otro profesional (...)". En el mismo sentido, TAC 7º, S. 180/99, ADCU, t. XXX, c. 703: en el caso el abogado no contestó el traslado del excepcionamiento en el juicio ejecutivo ni compareció a la Audiencia Preliminar. Alegó como defensa que habría comunicado a su cliente el cese del patrocinio, lo que el Tribunal descarte atendiendo a la carencia de pruebas al respecto, y al hecho de que tal renuncia a la defensa podría haberse hecho ante el propio Juzgado.

viii) omisión de hacer valer una excepción;

ix) omisión en la proposición de pruebas;

x) responsabilidad por demanda manifiestamente improponible[192];

xi) responsabilidad por incorrecta elección de la vía procesal[193];

xii) responsabilidad por el diseño de estrategia manifiestamente inviable[194];

xiii) responsabilidad por no interposición de recursos[195];

---

[192] V.gr. el reclamo de un crédito prescripto, o de una demanda cuyos fundamentos son manifiestamente equivocados o insostenibles.

[193] Sería el caso, v.gr., de quien pudiendo tramitar la pretensión por vía ejecutiva lo hace negligentemente por la vía ordinaria, con el consecuente perjuicio para su cliente (mayor duración del proceso, no limitación de las defensas).

[194] A este respecto: STS 3/10/98 y STS 30/12/02, que condenan al abogado por haber escogido la alternativa jurídica menos conveniente para su cliente. Sin embargo, debe decirse que no habrá responsabilidad cuando la estrategia diseñada por el profesional no sea manifiestamente inviable, no obstante se pierda el pleito. En este sentido, la STS 23/3/07 desestima el recurso de casación interpuesto sosteniendo en lo me- dular que "la actuación del letrado demandado en la defensa de los intereses del esposo de la actora no es merecedora de reproche alguno ni determinante, por tanto, de su responsabilidad. La elección del procedimiento establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley (...) como cauce procesal para reclamar los daños y perjuicios por las lesiones padecidas a resultas del accidente sufrido por éste respondió a una decisión, y antes de ella, a una valoración jurídico-procesal, que en modo alguno fue producto de una inexcusable ignorancia, falta de pericia o técnica jurídica, ni, en definitiva, el resultado de una falta del deber de diligencia exigible, sino que, por el contrario, se enmarcó dentro de las facultades de dirección del proceso inherentes al ejercicio de la profesión (...)".

[195] En este sentido, y como bien apunta BORDOLI ETCHAMENDI ("Examen...", *cit.,* p. 56), se suscita la polémica respecto de si el abogado en todos los casos debe interponer el recurso (y sólo la negativa del cliente podría dispensarlo de tal deber), o ya puede aconsejar a su cliente o decidir por sí mismo el no hacerlo. A nuestro juicio el abogado no está obligado a recurrir todas las decisiones desfavorables a su cliente, y únicamente mediará incumplimiento cuando no se interpone un recurso que *prima facie* tenía posibilidades de ser acogido (*contra:* TCA, S. 502/00 – LJU, c. 14.132 –). En este sentido, la jurisprudencia argentina tiene decidido que existe responsabilidad cuando no se interpone tempestivamente un recurso que se mostraba *a priori* como viable, en tanto

xiv) responsabilidad por defectuosa exposición de los hechos[196];

xv) responsabilidad por dejar de lado hechos conducentes[197];

xvi) responsabilidad por no peticionar medidas cautelares, por no presentar la demanda y propiciar la caducidad de la cautela, o por la traba de medidas abusivas[198];

---

que no existe responsabilidad si la condena era inevitable no obstante haberse recurrido la decisión, por cuanto el abogado que con la suerte ya echada no recurre una sentencia que se muestra como inmodificable no solo no actúa culposamente, sino que, por el contrario, actúa diligentemente, evitándole a su cliente mayores erogaciones (Cám. C.Com. Morón, Sala 1ª, 11/8/92; Cám. C.Com. San Nicolás, 15/5/01; CNCiv., Sala E, 14/10/96).

[196] La responsabilidad civil del abogado puede generarse a raíz de la defectuosa exposición de los hechos (v.gr. volcando al papel textualmente el relato imperito que hace su cliente, relatando hechos inconducentes, refiriendo hechos que sabe no podrá probar, etc.) (PADILLA-PADILLA, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 393, refiriendo la posición de MOSSET ITURRASPE). En un fallo de la Justicia argentina, se sostuvo que la labor del abogado no se circunscribe simplemente a volcar al papel las circunstancias fácticas que le exponen sus clientes sino que, antes bien, consiste en examinar tales pretensiones, indagar su verosimilitud, merituar la viabilidad de la acción, e incluso aconsejar la no iniciación del proceso si le consta que la pretensión traduce una verdadera aventura judicial condenada como tal al fracaso (Cám. C.Com. Quilmes, Sala 2ª, 27/5/98).

[197] En STS 30/11/05 se reconoció el incumplimiento del abogado que omitió alegar la existencia de una cláusula de limitación de responsabilidad civil en una póliza de seguro, siendo que tal omisión fue determinante para que la condena recaída excediera cuantitativamente lo que se hubiera debido de haberse ale- gado dicha cláusula.

[198] Si bien la traba de una medida cautelar abusiva aparece como uno de los supuestos paradigmáticos de responsabilidad civil extracontractual del abogado, lo cierto es que, en función de la responsabilidad de quien pide la medida (art. 311.3 CGP), bien puede el cliente del abogado ser obligado a indemnizar los perjuicios derivados, con lo cual si se prueba que la medida cautelar no era indispensable y el abogado no tenía necesidad de peticionar la misma, podrá originarse responsabilidad contractual del abogado para con su cliente por tal hecho. Lo mismo si no se presentare la demanda en el plazo que marca la ley, operando la caducidad de la cautela y generando la obligación de indemnizar los perjuicios causados (art. 311.2 CGP). En cuanto a la responsabilidad por no petición de medida cautelar preventiva, se ha entendido que no habría responsabilidad en el letrado que no la solicita atento a que la carencia de recursos económicos de su cliente excluía la posibilidad de su admisión (STS, 28/12/96).

xvii) responsabilidad por omisión en el reclamo de rubros, o por la preclusión de la oportunidad de su reclamo en virtud de la cosa juzgada eventual[199];

xviii) responsabilidad civil por abuso del derecho de abogar[200].

5. El incumplimiento de las obligaciones de resultado por parte del abogado.

La responsabilidad objetiva.

5.1. ¿Cuándo incumple el abogado sus obligaciones (de resultado)?

El abogado, según se ha visto[201], puede asumir tanto obligaciones de medios como así también de resultado. Los criterios de la distinción y la importancia de esta *summa divisio* ya han sido expuestos[202], por lo que meramente cabe referirnos al presente acerca de en qué supuestos el abogado incumple con sus obligaciones de resultado.

---

[199] El instituto de la cosa juzgada eventual estará llamado, seguramente, a incidir en forma destacable en el fenómeno de la responsabilidad civil de los abogados. En efecto, en virtud de la misma, podría ser pasible de responsabilidad el profesional que no reclama todos los rubros derivados de un mismo hecho en oportunidad de demandar, viendo luego precluida su posibilidad de perseguir los rubros omitidos en nuevos accionamientos fundados en la denominada *"identidad de causa"* (*cfr.* GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 38).

[200] A partir de la vigencia del CGP, y de la concreción en su art. 5 del deber de buena fe y lealtad procesal, algunos autores han entrevisto el nacimiento de una verdadera obligación (legal) de ejercitar lícitamente el derecho de abogar, so pena de incurrir en responsabilidad civil –contractual– por los daños y per- juicios que la conducta desleal, ilícita, abusiva o dilatoria pudiere ocasionar tanto a la parte que representa como a terceros. No obstante, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias postulan el carácter extracontractual de la responsabilidad en el supuesto de marras, en base a la violación no ya de una obligación sino antes bien de un deber (la actuación de buena fe). Sobre esta interesantísima temática: DE CORES, "Actuación en juicio y responsabilidad profesional", LJU, t. 111, p. 121 y ss; VAN ROMPAEY, "La responsabilidad por el uso indebido de las vías procesales y la incidencia del Código General del Proceso", ADCU, t. XX, p. 377 y ss.; ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 164 y ss.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "Uso abusivo vs. uso indebido de las vías procesales. Incidencia del tema sobre la responsabilidad civil", ADCU, t. XXXIX, p. 689 y ss.

[201] *Supra* §IV-A, 3.

[202] *Idem.*

Ante todo, es claro que si se pactó expresamente que el abogado prometía un determinado resultado, su no consecución generará incumplimiento sin entrar a considerar la diligencia de la labor[203]. Sin embargo, y aun a falta de pacto expreso en tal sentido, debe observarse que cuando la prestación que debe el abogado no entraña aleatoriedad alguna, o ya la que entraña se reputa despreciable, el abogado igualmente incumplirá su obligación por la no consecución del resultado exigible, atento a que éste no dependía de circunstancia alguna ajena a su capacidad[204].

Por consiguiente, habrá incumplimiento por parte del abogado de sus obligaciones (de resultado) cuando no se llegue a ejecutar la prestación debida, o ya cuando ejecutada ella no se arribe igualmente al resultado exigible, con prescindencia de la culpa (responsabilidad objetiva)[205].

5.2. Circunstancias eximentes de responsabilidad.

El abogado no será responsable si el incumplimiento de su obligación deriva de causa ajena que no le sea imputable (arts. 1322, 1343, 1549 CC).

De esta forma, si el incumplimiento de la prestación no tuvo su causa en la conducta del deudor, sino que proviene del hecho de un tercero – incluyendo aquí a la víctima –, o ya del caso fortuito o la fuerza mayor (expresiones sinónimas), no habrá responsabilidad. Ello es así por cuanto el nexo causal se tendrá por interrumpido toda vez que el daño sea el resultado de una causa ajena, es decir, de una causa extraña a la conducta del obligado[206].

---

[203] *Vid. Supra* IV-A, 4.3.

[204] "En efecto – dicen MAZEAUD-TUNC –, puesto que la diligencia del deudor alcanzará normalmente su objetivo, la técnica jurídica no se opone a que el resultado pretendido por las partes (...) se coloque directamente como objeto de la obligación; resulta suficiente, para evitar cualquier injusticia, con exceptuar los casos de fuerza mayor; es decir, con presumir tan sólo que la no obtención del resultado depende de una culpa del deudor; pero permitiéndole que destruya esa presunción probando que ha tropezado con un obstáculo no podía o no debía vencer" (*Tratado..., cit.,* t. I, vol. I, p. 130). Sobre las circunstancias eximentes de responsabilidad: *infra* IV-A, 5.2.

[205] *Cfr.* LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 253.

[206] BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría..., cit.,* p. 253.

Los requisitos que deben reunir estas circunstancias para que operen como eximentes de la responsabilidad (por fracturar el vínculo de causalidad) han de ser, a saber: i) su ajenidad[207]; ii) su imprevisibilidad[208], y; iii) su irresistibilidad[209]. Aunque se ha dicho con cierto sentido que lo que mayormente interesa en estos casos no es sino la irresistibilidad del fenómeno[210], que trasunta en la imposibilidad objetiva – física o jurídica – de la prestación, con la consecuente liberación del deudor (*impossibilitum nulla obligatio*)[211].

5.3. Casuística. Manifestaciones del incumplimiento.

En el presente número y tal como se hizo respecto de las obligaciones de medios [212], se procurará pasar revista a algunos de los supuestos de incumplimiento de obligaciones de resultado capaces de generar responsabilidad civil en el abogado.

i) responsabilidad por no presentar escritos en plazo[213];

---

[207] *Cfr.* ORDOQUI-OLIVERA, *Derecho Extracontractual,* vol. II, p. 168; S.C.J., S. 249/02, ADCU, t. XXXIII, c. 125. El deudor no debe haber dado causa al hecho fortuito, inscribiéndose dentro de su culpa la de aquellos por quienes fuere responsable (PEIRANO FACIO, *Curso de Obligaciones,* 1956, t. VI, ps. 248-249). Así las cosas, si el *casus* va precedido de la culpa en principio no se exonera el deudor, salvo que aun existiendo culpa de éste el daño no se derive sino exclusivamente del hecho fortuito (GAMARRA, *Tratado..., cit.,* 1988, t. XIX, p. 355).

[208] ORDOQUI-OLIVERA, *Derecho..., cit.,* vol. *cit.,* ps. 167-168.

[209] ORDOQUI-OLIVERA, *cit.,* vol. *cit.,* p. 167.

[210] GAMARRA, *Responsabilidad..., cit.,* t. II, ps. 164-165, refiriendo la opinión de POLACCO. En igual sentido: TAC 7º, S. 17/95, LJU, c. 13.010.

[211] *Cfr.* PEIRANO FACIO, *Curso..., cit.,* t. VI, ps. 246-247 y 249.

[212] *Supra,* IV-A, 4.4.

[213] SCJ, S. 81/05, ADCU, t. XXXVI, c. 1/LJU, c. 15.203; TAC º 3, S. 19/04, ADCU, t. XXXV, c. 689/LJU, c. 15.030; TAC 6º, S. 205/99, ADCU, t. XXX, c. 704. Dijo la S.C.J.: "Contrariamente a lo que parecería entender el recurrente, la referida obligación de presentar el escrito en plazo es claramente una obligación de resultado desde que no se encuentra sometida a la contingencia ni alea de ningún tipo que impida el resultado". Asimismo, sostuvo el TAC 3º: "...cabe calificar la obligación de contestar la demanda dentro del plazo conferido por la ley, como una típica obligación de resultado, en tanto no parece tener cabida la aleatoriedad de la prestación profesional comprometida. La presentación del escrito respectivo dentro del plazo perentorio señalado por la ley

ii) responsabilidad por no asistir a la Audiencia[214];

iii) responsabilidad por no reinscripción de embargos;

iv) responsabilidad por omisión en informar[215];

v) responsabilidad por violación del secreto profesional;

vi) responsabilidad por instrumentación de contrato nulo[216];

vii) responsabilidad por violación del deber de custodia, o por la no devolución de documentación al cliente[217].

---

constituye la única forma de satisfacer la prestación que lo vincula con su cliente y, a su vez, la carga que le impone el ordenamiento procesal a la parte en el proceso".

[214] TAC 4º, S. 61/05, ADCU, t. XXXVI, c. 640; TAC 7º, S. 180/99, ADCU, t. XXXV, c. 703.

[215] TAC 5°, S. 92/01, ADCU, t. XXXII, c. 676: "Resulta realmente inadmisible pretender excusar el in-cumplimiento a este deber de informar, en el alegado desconocimiento del domicilio real de los patrocinados siendo que resulta una exigencia del actuar diligente del letrado tomar los debidos recaudos al momento de iniciar la gestión profesional y, por añadidura, dicho domicilio real fue denunciado en la comparecencia al contestar la demanda". Igualmente: TAC 6°, S. 75/04 (LJU, suma 133.026). El deber de información que tiene el abogado para con su cliente ha tenido un explosivo desarrollo en España, a tal punto que puede decirse que existe una doctrina definida del Tribunal Supremo en tal sentido (*Cfr.* CRESPO MORA, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 267). A este respecto: STS 16/12/96, STS 14/12/05, etc. En STS 14/5/99 se condena al abogado que, ante el fallecimiento de un menor en una piscina municipal, simplemente se limitó a enviar una carta a sus clientes notificando el sobreseimiento operado en el proceso penal y aconsejándoles no recurrir el mismo, sin informarles acerca de las posibles acciones en vía civil.

[216] SAP Navarra 25/5/00 condenó al abogado que redactó defectuosamente un contrato de compra-venta (a la postre nulo), al haber omitido un requisito esencial para su validez (preceptiva autorización judicial para la venta de bienes inmuebles pertenecientes a menores de edad).

[217] En este sentido: STS 25/3/98. Esto sin perjuicio del derecho del abogado de reservarse copias, o bien de retener dicha documentación en ciertos casos a los efectos de garantizar la percepción de sus honorarios. ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* ps. 176-177.

IV-B. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ABOGADO.

1. Admisibilidad de supuestos de responsabilidad extracontractual del abogado.

La doctrina admite sin vacilaciones la posibilidad de que el abogado incurra en responsabilidad civil extracontractual en el ejercicio de sus funciones[218]. En efecto, es fácil- mente imaginable la posibilidad de que el abogado vulnere el deber genérico de no dañar (*neminem laedere*) afectando de tal forma la esfera jurídica de terceros ajenos al vínculo contractual con el cliente; en tal caso su responsabilidad será extracontractual[219].

El ejemplo paradigmático lo es el caso del embargo abusivo[220].

2. ¿El abogado tiene deberes frente a terceros no clientes?

Modernamente se postula que el abogado no sólo tiene deberes para con su cliente sino que –y haciendo abstracción del deber genérico de no dañar– también los tiene respecto de terceros que no han celebrado con él contrato alguno y que, en consecuencia, no son estrictamente sus clientes.

Se trata de la cuestión de la responsabilidad civil del abogado frente a terceros no clientes por consejos negligentes o equivocados o por información igualmente errónea o desacertada.

En efecto, en esta temática se parte de la base –como se ha dicho entre nosotros [221] –de que se está ante consejos expresados por expertos, con la pretensión –confiesa o inconfiesa– de influir en el mercado o

---

[218] RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad..., cit.,* p. 218; LÒPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* p. 237; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 33; ORDOQUI, *Responsabilidad..., cit.,* p. 162; *Responsabilidad Civil..., cit.,* p. 240.

[219] DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 245.

[220] LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad..., cit.,* lug. *cit.;* ORDOQUI, *cit.,* lug. *cit.*

[221] ORDOQUI, *Responsabilidad Civil..., cit.,* p. 111.

captar su confianza, y que determinan decisiones o ya inversiones de parte de aquellos que razonablemente confían en la seriedad del planteo que hace el profesional y en la veracidad de lo informado. Así las cosas y si se atiende a lo expuesto, ante la existencia de perjuicios derivados directamente del consejo negligente o la información errónea, cabría postular –en opinión de algunos– la responsabilidad civil extra-contractual del profesional imperito o negligente[222].

Esta materia de los deberes profesionales del abogado ante terceros no clientes ha venido desarrollándose intensamente en la jurisprudencia del *common law,* afirmándose al día de hoy que la regla que sentencia que el abogado no tiene deberes para con terceros ya no rige en la gran mayoría de las jurisdicciones[223]. En efecto, desde el *leading case* de la jurisprudencia norteamericana que desechaba la responsabilidad del abogado ante terceros merced de la ausencia de vínculo[224], la mentada necesidad del vínculo – como presupuesto habilitante para el éxito de la acción – fue liberalizándose, a tal punto que dieciséis años más tarde, la regla postulada en *Ward* sufre un giro dramático, y en el caso *Biakanja v. Irving* se admite que un tercero no cliente reclame en determinados supuestos por los perjuicios derivados de la negligencia del profesional[225]. Desde la regla que desestimaba las reclamaciones de terceros no clientes ante el abogado, pasando por la relativización del presupuesto del vínculo, la jurisprudencia fue adoptando a la postre otros criterios (vínculo intenso, tercero beneficiario, confianza, asunción de la obligación, deber fiduciario, etc.) que permiten sostener hoy que el abogado puede llegar a comprometer su responsabilidad ante terceros no clientes por sus actuaciones negligentes, o por la violación de la confianza depositada en su persona[226].

---

[222] *Cfr.* ORDOQUI, *cit.,* lug. *cit.*

[223] *Cfr.* FEINMAN, *Professional liability to third parties,* 2nd. ed., 2006, p. 99.

[224] *Savings Bank v. Ward.*

[225] FEINMAN, *Professional..., cit.,* ps. 102-103.

[226] FEINMAN, *cit.,* p. 104 y ss. Similar proceso en la jurisprudencia anglosajona, aunque en ella ya el *leading case* en la materia – *Pasley v. Freeman,* 1789 – admitía la responsabilidad frente a terceros de aquel que, a sabiendas o descuidadamente y sin importarle en absoluto la veracidad o falsedad del consejo, proporcionó una información que resultó a la postre inexacta. No obstante, era menester el fraude para la

Y bien, ¿qué postura cabe adoptar ante este tema?. En principio, parecería necesario estar al caso concreto. En efecto, no parece *a priori* acertado postular que el abogado responde *ipso facto* ante terceros por todos los perjuicios que se aleguen como consecuencias directas de un consejo a la postre ruinoso o de una información equivocada, ya que de pro- cederse de tal forma, se estaría fomentando el peligro de una responsabilidad excesiva e indeterminada(227).

En efecto, creemos que en la especie será conveniente considerar, v.gr., en qué circunstancias de tiempo y lugar se relacionaron profesional y tercero, si éste último pudo razonablemente confiar en que el abogado estaba hablándole como tal (esto es, *como abogado*), el caudal de información con que contaba el profesional al momento de emitir su juicio, la posibilidad que tenía el tercero para procurarse asistencia letrada particularizada y no deber echar mano a opiniones profesionales en ámbitos no contractuales (*aprovecharse de consejos*), etc.

Como acertadamente se ha dicho, un consejo o una información acertados pueden ser fuente de perjuicios por una serie de razones que escapan al consejero(228), por lo que no cabe postular una solución unívoca para todos los casos. Por lo demás, y como también se ha sostenido con razón(229), el ordenamiento jurídico debe incentivar la autotutela de los intereses y no fomentar el *free riding,* esto es, la actitud de aquellos sujetos que se benefician de un bien económico sin pagar por el mismo.

---

procedencia de la reclamación, no bastando la mera negligencia (*Cfr.* MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad..., *cit.,* ps. 66-67).

(227) Baste pensar en la hipótesis – que no es en absoluto de laboratorio – del abogado que en un evento o reunión social es consultado sobre diversos puntos y por distintas personas, simultáneamente o por separado. ¿Qué pasaría si el abogado debiera ser llamado a responder por todas esas consultas que emitió en un ambiente no propicio, con escasa o nula información sobre los hechos – o ya con información distorsionada por el orgullo, vergüenza o malicia de sus consultantes –, y ante personas que nunca siquiera había visto con anterioridad? ¿Es lógico – y justo – imputarle a ese abogado responsabilidad por los daños que puedan derivarse de sus dictámenes necesariamente espontáneos y no suficientemente meditados?

(228) MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 68.

(229) MOSSET ITURRASPE, *cit.,* p. 67.

V. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. EL QUANTUM INDEMNIZATORIO.

1. Complejidad de la cuestión del *quantum debeatur* en la responsabilidad civil del abogado.

Es lugar común en la doctrina la afirmación relativa a la complejidad que en materia de responsabilidad civil del abogado asume la cuestión de la cuantificación del daño (*quantum debeatur*)[230]. En efecto, con razón se ha llegado a decir que "en este ámbito sur- gen ciertos daños específicos –que difícilmente pueden ser localizados en otros sectores de la responsabilidad civil –, cuya determinación, acreditación y cuantificación alcanza en ocasiones un alto grado de complejidad"[231].

Dos son los problemas que plantea la cuestión del resarcimiento en la responsabilidad civil del abogado, a saber: i) qué rubros son pasibles de reclamación (comprensión del daño), y; ii) cuál es el valor que deberá otorgarse a tales rubros (extensión del daño)[232].

Tales extremos serán objeto de los números subsiguientes.

2. Los rubros indemnizables.

Respecto de la cuestión de qué rubros pueden ser pasibles de reclamación en supuestos de responsabilidad civil del abogado, corresponde realizar, de forma previa, un primer distingo entre el daño material (o patrimonial) y el daño moral (o extrapatrimonial).

Tratándose de daños materiales, la doctrina coincide en que, por lo general, los supuestos de responsabilidad civil del abogado darán lugar a lo que se denomina *pérdida de la chance*[233], o ya pérdida de una

---

[230] *Vid.* por todos MOREO ARIZA, y su trabajo sugestivamente titulado "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado", *cit.,* p. 12.

[231] CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 272.

[232] MOREO ARIZA, "La compleja...", *cit.,* p. 11.

[233] Aunque también se habla de *pérdida de una ocasión favorable, pérdida de una oportunidad, pérdida de una expectativa,* etc. ORDOQUI, "La 'pérdida de una chance' como daño resarcible", LA LEY URU- GUAY, año I, nº 1, p. 43. *Vid.* BARBOSA SERAFIM, *Responsabilidade Civil do Advogado pela perda de uma chance,* Turbarão, 2008, p. 57 y ss.

oportunidad, que si se la refiere al juicio deberá verse como pérdida de una oportunidad procesal[234]. En efecto, por tratar el abogado, por lo general, con material conjetural, va de suyo que su omisión o negligencia será susceptible de privar a su cliente de una chance, que podrá ser ora la de ganar el pleito y obtener así el *bien de la vida* disputado, ora la de recurrir un fallo adverso buscando así librarse de una condena que se reputa injusta, ora la de acceder a la Justicia misma, es decir, a la tutela judicial de su pretensión[235]. Empero, no pocos autores han postulado que la pérdida de la chance no es el único rubro indemnizable en supuestos de responsabilidad civil del abogado, pudiendo asimismo reclamarse el resarcimiento del lucro cesante, si asistía a la parte la certeza – difícil pero no imposible en el Derecho – de que su pretensión hubiera tenido éxito de no haber mediado la conducta culposa del profesional [236].

En cuanto al daño moral, no parece existir impedimento alguno que obste a su reclamación en esta sede, pudiendo existir supuestos – pensamos principalmente en cuestiones de familia o ya en reclamaciones promovidas por destinatarios de medidas cautelares abusivas – en que la actitud desinteresada o temeraria del profesional acarree un padecimiento espiritual o sensación de disvalor en su cliente o en el tercero, que en modo alguno encuentra motivo para su exclusión del resarcimiento[237]

---

[234] REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.,* ps. 811-812; igualmente: CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.,* p. 275, señalando que deben concurrir dos extremos para que se configure la pérdida de la chance procesal: imposibilidad de deducir defensas o interponer recursos, y probabilidad de que la pretensión hubiera sido admitida (*fundabilidad de la pretensión*).

[235] En este sentido, GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad...", *cit.,* p. 35, señalando que el incumplimiento del profesional puede desembocar en la vulneración del derecho de su cliente a la *tutela judicial efectiva* (art. 24 Constitución española). En nuestro medio, S.C.J. S. 81/05, desestima recurso de casación quedando el abogado obligado a resarcir a la actora por *la chance que perdió de una mejor defensa* (ADCU, t. XXXVI, c. 642). Igualmente TAC 4º S, 61/05, entendió que la inasistencia a la Audiencia Preliminar deriva en la *pérdida de una chance* (ADCU, t. XXXVI, c. 643). Así también TAC 7º S. 34/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 645), TAC 6º S. 119/04 (ADCU, t. XXXV, c. 695).

[236] DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.,* p. 249; CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.,* ps. 273 y 275; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.,* p. 55.

[237] *Contra:* MOREO ARIZA, "La compleja...", *cit.,* p. 17.

). Empero, juzgamos que se deberá ser muy cuidadoso al momento de apreciar la procedencia del daño moral – esto es, la existencia de situaciones aflictivas profundas o que evadan de lo nimio, y la prueba de las mismas –, por cuanto es pacífica nuestra jurisprudencia en el sentido de que el mismo no procede ante situaciones aflictivas de escasa relevancia y que –salvo contadas hipótesis– debe ser acreditado debidamente para tentar a su resarcimiento(238).

Siendo que la omisión del abogado difícilmente pueda llegar a originar un daño moral *in re ipsa*(239), dicho rubro deberá ser adecuadamente acreditado por el reclamante y apreciado acabadamente por el órgano decisor, so riesgo de otorgar reparaciones allí donde no hay nada que reparar(240).

---

(238) Anales de Jurisprudencia Uruguaya, t. VII, p. 1336; ADCU, t. XXXVIII, c. 139; t. XXXVI, c. 194; t. XXXV, c. 166, c. 167, c. 171; t. XXXIII, c. 134; t. XXXI, c. 190; t. XXX, c. 168; c. 169; c. 170, entre otros.

(239) Por tratarse por lo general de un incumplimiento contractual, lo que si bien no prejuzga sobre la admisibilidad de la reparación del rubro de marras (*cfr.* JOSSERAND, *Derecho Civil, cit.,* p. 509) exige si que se acredite debidamente "la turbación o mortificación espiritual, dolor intenso, una angustia de fuste incuestionable del contratante a quien se ha faltado" (ADCU, t. XXXIV, c. 145; t. XXXI, c. 192). La exigencia no varía tratándose de reclamos basados en responsabilidad extracontractual.

(240) Tal como acontece en España, donde – según MOREO ARIZA, "La compleja...", *cit.,* ps. 12 y 15-16 – "en la mayoría de las sentencias se considera que esa pérdida de oportunidad origina un daño moral y eso lleva a su valoración de forma indeterminada, con criterios no ponderados o no razonados, sin atender a las precisas circunstancias concurrentes, esto es, las pretensiones fracasadas. (...) Independientemente del incumplimiento que, en realidad, se atribuya, – agrega – resultan más numerosas las sentencias que configuran como daño moral el daño derivado de la incorrecta praxis profesional del abogado. Como lo señala la doctrina más cualificada en esta materia, el daño moral se convierte así en remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico. (...) Además, - concluye – resulta dudoso que, de todo incumplimiento contractual de esta clase, tenga que desprenderse un daño moral. Si éste queda configurado por los supuestos de sufrimientos morales, perjuicio estético, perjuicio para la vida de relación de la víctima, esto es, supuestos en que quedan afecta- dos derechos subjetivos de la personalidad, difícilmente podrá presumirse, sin recurrir a interpretaciones extensivas, el concepto de daño moral, pues

3. Los criterios para la fijación del *quantum*.

En lo que hace a los criterios o pautas que rigen la cuantificación del daño en esta materia, se han reconocido dos tendencias: la tendencia resarcitoria (según la cual el aboga- do debería reparar el daño infligido a su cliente en la misma suma de la pretensión frustrada o no ejercitada), y la tendencia reparatoria (donde no se admite la identificación del *quantum* con el importe de la pretensión originaria, debiendo procederse a su estimación según las circunstancias del caso concreto)(241).

En España la jurisprudencia parece evidenciar distintas soluciones en este tema, que van desde la *pérdida de oportunidad como daño moral no vinculada al hipotético juicio sobre las pretensiones o actos procesales omitidos* (tesis mayoritaria), pasando por la *pérdida de la oportunidad como daño moral pero requiriendo el examen relativo de la viabilidad de la pretensión frustrad*a, hasta los criterios infrecuentes de la *pérdida de la oportunidad como daño moral de valor idéntico al de la pretensión frustrada y sin examen de su viabilidad*, y de la *pérdida de la oportunidad como daño material, requiriendo un completo examen de la viabilidad de la pretensión*(242).

En nuestro medio parece predominar un criterio bastante diverso. En efecto, por lo pronto se acepta que la indemnización no puede consistir en el total de la ganancia esperada (243); ni asimismo significar

éste no debe incluir las lesiones que inciden propiamente sobre bienes económicos. Aun prescindiendo de lo anterior, se olvida también que el daño moral debe probar- se...".

(241) MOREO ARIZA, *cit.,* p. 12.

(242) *Cfr.* la exposición de MOREO ARIZA, *cit.,* ps. 13-15, con amplias referencias jurisprudenciales.

(243) Es la posición de la S.C.J., S. 186/01 (ADCU, t. XXXII, c. 677): "La Sala comete un error al condenar al abogado demandado a abonar a su ex cliente íntegramente la suma reclamada por éste por concepto de daño patrimonial. De este modo el Tribunal dispone una reparación que infringe abiertamente el art. 1345 CC y el principio reiteradamente relevado por la Corte según el cual la indemnización no puede colocar al damnificado en mejor situación que aquella en la que habría estado si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar". En el mismo sentido: TAC 7º, S. 34/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 645); TAC 4º, S. 61/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 643), donde se concluyó que las altas probabilidades de éxito de la pretensión frustrada, no significan la obligación de amparo total de los rubros y cuantías pretendidos, los que debieron ser acreditados en el proceso.

un enriquecimiento injusto a favor del reclamante[244] y al mo- mento de evaluar el monto indemnizatorio se atiende al valor de la chance en el caso concreto[245], bajo la regla de que *a mayor contingencia menor valor de la chance*[246].

Así las cosas, en nuestro país al momento de ponderarse la cuantía de la reparación debida se atiende, pues, al valor de la chance perdida de conformidad con las circunstancias del caso concreto, lo que implica una suerte de *juicio dentro del juicio*, esto es, "que la mayor o menor probabilidad de éxito en el juicio deberá determinarse en relación a las constancias del proceso, a la existencia de jurisprudencia y doctrina uniforme y pacífica a favor de la pretensión frustrada o en contra de la misma, y a la mayor o menor novedad u originalidad de la cuestión promovida"[247].

Si el valor de la chance es relativamente alto, o muy alto, las indemnizaciones a reconocer habrán de ser mayores[248]; por el contrario, si el valor de la chance –atendiendo a su fundabilidad, prosperabilidad, o ya a lo opinable del punto– no es demasiado alto, las indemnizaciones tenderán a ser no demasiado cuantiosas[249].

---

[244] S.C.J., S. 81/05, LJU, c. 15.203.

[245] S.C.J., S. 186/01, LJU, c. 14.371: la relevancia de la pérdida de la chance depende de los casos concretos, pues no es lo mismo la no interposición de un recurso en una hipótesis de escasa viabilidad que la no interposición en un supuesto donde las posibilidades de acogimiento son serias.

[246] TAC 4º, S. 61/05, ADCU, t. XXXVI, c. 243.

[247] BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría..., cit.,* p. 447.

[248] S.C.J., S. 91/05, ADCU, t. XXXVI, c. 639: 75% (setenta y cinco por ciento) del importe de las sumas de las órdenes de pago libradas descontados los gastos de la ejecución y los costos (en Segunda Instancia, el TAC 2º, S. 66/03 – LJU, c. 14.712 – había fijado el mismo porcentaje pero sobre la cuantía resultante de la subasta y deducidos los costos) en virtud de altas chances de cobro por tratarse de acreedor hipotecario; TAC 3º, S. 19/04 (ADCU, t. XXXV, c. 693): 50% (cincuenta por ciento) de la multa impuesta a sus patrocinados.

[249] TAC 6º S. 119/04 (ADCU, t. XXXV, c. 695): 30% (treinta por ciento) de capital e intereses adeudados.

Derecho de Telecomunicaciones

ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES. ANÁLISIS COMPARADO -ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y LATINOAMÉRICA– SITUACIÓN DE ECUADOR

Mariuxi Muñoz Ramos*

RESUMEN:

La autora, inicialmente, analiza el fenómeno de la información en la actualidad, la cual es protagonizada por los medios informáticos y liderada por la telefonía móvil, el internet y demás medios de comunicación, como el inicio de una nueva economía mundial.

Posteriormente, analiza el proceso de liberalización de las telecomunicaciones que ha adoptado México, para lograr ser uno de los países con mayor crecimiento económico en dicho mercado.

Finalmente, la autora hace una comparación de la liberalización de las telecomunicaciones entre Europa, América Latina y el Ecuador, obteniendo en sus conclusiones aspectos y efectos respecto del obrar público o privado en el campo de las telecomunicaciones.

ABSTRACT:

The author initially, examines the phenomenon of information nowadays, which is directed by the telematic and led by mobile telephony, the internet and other media, such as the start of a new global economy.

* Abogada de los Tribunales y Juzgados del Ecuador, graduada en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Cursante de la Maestría en Derecho Administrativo, II Promoción de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

Then analyses the process of liberalization of telecommunications that has adopted Mexico, to become one of the countries with higher economic growth in this market.

Finally, the author makes a comparison of the liberalization of telecommunications between Europe, Latin America and the Ecuador obtaining conclusions, aspects and effects of public or private acts in the field of telecommunications.

PALABRAS CLAVES:

Liberalización de las telecomunicaciones; Medios informáticos; Competitividad; Comunicación; Tecnología.

KEY WORDS:

Liberalization of telecommunications; Telematic; Competitiveness; Communication; Technology.

SUMARIO:

1.- Introducción.- 2.- La revolución de las comunicaciones.- 3.- La Liberalización de las Telecomunicaciones en México.- 3.1.- El fin de los monopolios.- 3.2.- Los Nuevos Actores de las Telecomunicaciones.- 3.3.- Mercado de la televisión de paga en México.- 3.4.- Internet.- 4.- Liberalización de telecomunicaciones en Europa.- 5.- Efectos.- 6.- Beneficios de los ciudadanos europeos a la apertura del mercado de las telecomunicaciones.- 7.- Liberalización de telecomunicaciones en América Latina.- 8.- Liberalización de telecomunicaciones en Ecuador.- 9.- Conclusiones.- 10.- Bibliografía.-

1.- Introducción

Hemos empezado a vivir en el siglo del dominio de la inteligencia artificial y las telecomunicaciones; esto surge como un proyecto de vida.

La tecnología y ciencia facilitan extender, apresurar y fortalecer las telecomunicaciones, fundamentalmente en sus aspectos culturales y económicos.

Estamos obligados, si lo queremos o no, aceptar la cultura tecnológica que nos establece el mundo desarrollado; para poder funcionar en el diario vivir en la sociedad.

Las sociedades modernas están cuestionadas por la idea de la mundialización. Para seguir paralelo a los cambios que se dan en todas las áreas, es necesario el desarrollo de la tecnología e informática, que surgen casi automáticamente para propagar y difundir estos acontecimientos.

2.- La revolución de las comunicaciones

En los últimos diez años se ha producido una revolución sin precedentes en las comunicaciones, especialmente en las telecomunicaciones, basadas en las redes telemáticas. La multiplicación del número de ordenadores y de personas, empresas e instituciones conectadas a internet ha sido un fenómeno acelerado desde 1995 y ha experimentado un ritmo frenético, sin que se vea límite a su expansión: en sólo 5 años, desde 1995 al 2000, el número de personas conectadas a internet pasó de 9 millones a casi 400. Lo mismo sucede con la telefonía móvil y otros medios de comunicación e intercambio, que han convertido a las empresas relacionadas con estos sectores en muy poderosas en el mundo, con mayor capital y poder de influencia. Todo este fenómeno ha dado lugar a la llamada nueva economía.

Grandes empresas multinacionales de equipamiento informático, de medios de información, comunicación y entretenimiento, o las que operan en la telefonía móvil, protagonizan hoy la globalización y el proceso de concentración del capital financiero. Esta sociedad de la información se caracteriza por el papel dominante que tiene esta mercancía en la economía mundial, con la ventaja de que la información se puede vender tantas veces como los usuarios soliciten, lo que resulta de gran rentabilidad para quien la produce. Las empresas que controlan la información necesitan de medios técnicos muy sofisticados, por lo que pocas pueden acceder a ellos: según un informe de la ONU, a comienzos del siglo XXI tan sólo cien empresas controlan la economía mundial.

3.- La Liberalización de las Telecomunicaciones en México

El proceso de liberalización de las telecomunicaciones en México constituye, después de diez años de actividades, un marco desde donde evaluar una de las vertientes más importantes para comprender el desarrollo de la sociedad mexicana que ingreso al siglo XXI.

El Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN, en adelante) ha sido el principal vector para el despegue de la infraestructura de la tecnología de Información y Comunicación. Este sector creció durante los últimos diez años cinco veces más que el resto de la economía mexicana, sin embargo, el nivel de desarrollo de la infraestructura informativa en México es aún muy bajo: en estudios de ciencia y tecnología, México está en el lugar 44 a nivel mundial (de un total de 47 casos) según el Estudio Anual sobre la Competitividad. En cuanto al número de líneas telefónicas, usuarios de telefonía celular y computadoras por habitante, el país está entre los últimos de la lista. Se calcula que de los 100 millones de mexicanos, sólo el 5 por ciento posee una computadora personal, y solo el 1.7 por ciento está en línea.

El TLCAN ha sido benéfico para la industria, los trabajadores y la competitividad de la región de América del Norte, por resultados arrojados en cuatro áreas claves: a) incremento en el comercio, b) incremento en la inversión, c) establecimiento de mecanismos para resolver disputas comerciales, d) contribución para crear un producto regional más competitivo de América del Norte.

Canadá y México se constituyen así como los dos mercados más importantes para las exportaciones de los Estados Unidos. En 1997 México rebasó a Japón como el segundo socio comercial de dicho país. En líneas muy generales deben destacarse dos factores dignos de análisis: un crecimiento económico en cierto sentido, pero una concentración en sus mercados. Esta realidad toca de muy cerca el ámbito de los sistemas de información y comunicación.

Además, la visión del Banco Mundial es que la privatización de las telecomunicaciones en las naciones en desarrollo, permite atraer inversiones y tecnología del exterior, pero hay serias interrogantes respecto a las verdaderas repercusiones sociales del proceso.

Se habla, así, de pérdida de control gubernamental para diseñar políticas nacionales de comunicación que beneficien gradualmente a toda la sociedad.

El estado actual de las telecomunicaciones en México.

Para comprender la lógica que impera en el despegue de las telecomunicaciones en México deben distinguirse cuatro escenarios.

3.1.- El fin de los monopolios

Para comprender las telecomunicaciones en México hace falta partir de un hecho: el fin de dos grandes monopolios de la comunicación en México: Televisa y Telmex.

La empresa televisiva ha sido determinante en la concepción y expansión de las redes de telecomunicación en México. Telmex forma parte de las telecomunicaciones y está entre las empresas más grandes del mundo.

Debe recordarse que del monopolio derivó una política de muy escaso desarrollo, contándose por décadas un promedio de 5 teléfonos por 100 habitantes. Entre sus logros debe mencionarse un incremento en la calidad y abanico de los servicios, una digitalización de la red que toca el 100% (contra un 29% en 1998). Telmex cuenta con un programa de desarrollo: Fundación Telmex que atiende las diferentes vertientes sociales de las telecomunicaciones. A pesar de este notable esfuerzo, las últimas cifras que proporciona la COFETEL hablan de un incremento de 10.6 líneas por 100 habitantes, cifra que no deja de estar muy por debajo de lo esperado. Uno de los problemas, ligado a este escaso crecimiento, se debe al costo tan alto para tener acceso y sostener una línea telefónica cableada. El de la interconexión es de US$ 150.00 y un servicio local que empieza a operar por tiempos medidos. Mientras en Estados Unidos el costo promedio para sostener una línea es de US$ 70 dólares, en México es de $ US 190 dólares.

En el marco de las telecomunicaciones se observan cuatro factores esenciales:

1) La llegada de empresas internacionales que se asocian con empresas mexicanas a fin de adiestrarlas en la adquisición y consumo de tecnología de punta.

2) La creación de bases para la competencia en el terreno de las telecomunicaciones. Las industrias mexicanas forman así alianzas con industrias extranjeras a fin de ser capaces de competir entre ellas mismas y por mercados que son cada vez más codiciados.

3) La creación en México de un terreno propicio para la competencia de empresas estadounidenses fusionadas a las mexicanas.

4) La posibilidad para empresas mexicanas de formar alianzas con empresas extranjeras y operar en otros países.

La apertura telefónica se inició en México con la larga distancia. Entre las primeras consecuencias deben mencionarse tarifas más reducidas en larga distancia nacional (hasta de un 50%) y larga distancia internacional (hasta un 40-48%).

Uno de los proyectos más ambiciosos es el de la compañía regiomontana Axtel quien pretende instalar en los próximos años 2 millones de líneas telefónicas en 22 ciudades del país.

3.2.- Los Nuevos Actores de las Telecomunicaciones

Este segundo nivel de análisis está integrado por la industria televisiva y de telefonía sin hilos. Televisión Azteca, Sistemas de Televisión por cable (salvo Cablevisión), Multivisión y telefonía celular. Lo que tienen en común es que los propietarios de estos de servicios esperaron durante años para obtener una frecuencia para desarrollarse.

Esos permisos llegaron únicamente a partir de la década de los noventa, cuando con la tecnología de punta fue posible ampliar el espectro radioeléctrico.

Al quedar establecidas las políticas de liberalización de las telecomunicaciones, la respuesta de estas empresas ha sido la de formar alianzas con grupos extranjeros a fin de reforzarse y enfrentar a los dos

gigantes de la comunicación en México. Estas iniciativas han sido las que han conformado la competencia y de donde han derivado nuevas estructuras empresariales en la rama de las telecomunicaciones.

El servicio de televisión de paga en México cuenta con el 12.5% de los TV hogares. La televisión abierta cuenta con el 87.5% restante. A partir de enero de 1997 el 85 % de las compañías de televisión por cable se convirtieron al amparo de la Ley Federal de Telecomunicaciones en redes públicas de telecomunicación, con lo cual tienen la posibilidad de ofrecer telefonía local alámbrica y, en consecuencia, servicios de valor agregado entre los que podría mencionarse Internet.

El mercado potencial de dicha innovación se encuentra en América Latina:

Mercado Latinoamericano

Población	424.9	millones
Núm. de hogares	98.6	millones
Hogares con TV	80.4	millones (1 tv por familia)
Tv pagada	9.3	millones

Fuente: Nielsen

Son dos las principales compañías que participarán en el DTH; las más fuertes de ellas han constituido alianzas importantes con compañías extranjeras. Nuevamente vale la pena destacar la presencia de grupos estadounidenses como TCI, News Corp., y Hugues entre otras.

3.3.- Mercado de la televisión de paga en México

Estimaciones para 2001

Proyecto	Núm. de abonados (millones)
MDS	1,300
DTH	3,200
Cable	5,000

Fuentes: Reforma, 31 de mayo de 1996 y directorio CANITEC 1995.

El total global de la suma asciende a 9 millones 500 mil abonados para el 2001. Entre los principales retos para estos sistemas están, además de sus alianzas estratégicas, la oferta de programas y su originalidad, formas de financiamiento que reduzcan los costos del servicio, así como avanzar sobre los mercados internacionales, donde América Latina ocupa un lugar preponderante. La población de habla hispana de Estados Unidos que cuenta con más de 30 millones de personas es un mercado igualmente atractivo.

3.4.- Internet

Resulta difícil entender el crecimiento de Internet en México fuera del marco de las telecomunicaciones y del TLCAN. Al igual que en toda América Latina, esta potencialidad tecnológica ha mostrado una capacidad de desarrollo industrial y de aceptación inusitada de parte de los usuarios. Internet en América Latina ha tenido un crecimiento entre 1995 y 2000 del 800%. Esta cifra será superada en unos cuantos meses, al incrementarse el material en español que circula en este nuevo medio. Si en 1997 había 8.1 millones de usuarios en español, para el año 2000 podrá haber 37.2 millones

Se calcula que hay en el país un número aproximado de 150 proveedores de servicios con una proporción entre dos y tres por cada ciudad y, 60 establecidos en la capital del país. Hace dos años, según un estudio de Mónica Mistretta, el total no llegaba a 40.8.

Las posibilidades de crecimiento de Internet está estrechamente relacionadas con la calidad de líneas telefónicas en cada país y con los niveles de digitalización de las mismas. En la región latinoamericana destacan cuatro países con niveles de digitalización entre 100% y 85%: Chile, Argentina, Colombia y México. Brasil cuenta con un 77% de digitalización en su red, y finalmente está el tercer grupo donde aún la digitalización es incipiente y la condición de desarrollo de las líneas telefónicas también: Guatemala y Costa Rica podrían estar entre estos últimos países.

Debe destacarse otro factor que influye desventajosamente en el ritmo de crecimiento de esta red: los altos costos de la interconexión.

Resulta difícil saber el número exacto de suscriptores de Internet en cualquier país y México no es la excepción en este sentido. Son tres las áreas que han mostrado un desarrollo estable: el primero de ellos se refiere al hogar, donde la mayoría de los usuarios ingresan a Internet a través un módem. Al segundo grupo corresponden las Universidades y el tercero al ámbito laboral.

Actualmente se abren nuevas posibilidades de uso para quienes cuentan con menos recursos. Debe de mencionarse la proliferación de cibercafés, una nueva modalidad para la interconexión, debe notarse que hay aproximadamente 100 en toda América Latina. De ellos el 50 por ciento se encuentra en México así como el ingreso de algunas compañías de televisión por cable a este sistema.

Hace falta subrayar que nuevamente se encuentran dos iniciativas que parten de Telmex y Televisa en este rubro.

Las compañías de México de larga distancia empezaron a operar desde el 10 de agosto de 1996 para interconectarse a la red de Telmex el 1 de enero de 1997.

La interconexión se ha realizado entre ocho operadores que utilizan equipos de seis diferentes proveedores y que cuentan con sus propios sistemas de señalización y soporte informáticos.

Un capítulo importante en el tema de la interconexión se refiere al principio de reciprocidad, rubro bajo el cual Estados Unidos y México pueden intercambiar señales satelitales prestando este servicio (desde cualquiera de sus satélites) a los usuarios de cada país. Esta posibilidad incrementa el valor de las posiciones orbitales de los satélites mexicanos.

La Comisión Federal de Telecomunicaciones tiene también entre sus preocupaciones diseñar una política para la paulatina incorporación de la sociedad mexicana a las autopistas de la información. Dos rubros hasta ahora concentran la actividad de estas instancias: educación y salud.

En materia de educación se habla del Plan Piloto de la Red Escolar que introduce computadoras/ Internet a 2 mil instituciones educativas,

con miras a abarcar a 195 mil escuelas y universidades en todo el país para el 2000.

La interconexión es importante porque deja ver también hasta qué punto las políticas asumidas en leyes y reglamentos son operativos en la realidad. Actualmente existen dos puntos a resaltar:

a) La apertura telefónica ha aportado frutos a empresas que participan en este mercado, no obstante, al abrir sus fronteras Telmex ha tenido que incrementar el costo de llamada local y reducir el de larga distancia. Antes de la apertura esta relación era inversa: la llamada local era una de las más bajas del mundo y la internacional de las más caras.

Esta política que deriva de principios y acuerdos internacionales ha afectado al consumidor medio de México tornándose el uso del teléfono y cada uno de los servicios altamente costoso. Si ahora hay más posibilidades reales de contar con una línea, pocas familias a nivel medio y popular podrían pagar una renta mensual telefónica.

b) Aún hay un desacuerdo sobre las tarifas que deberán de pagar las compañías de larga distancia a Telmex por hacer uso de su red troncal. Esta limitante ha causado conflictos graves entre Telmex y AT&T y MCI, quienes han abogado para que la compañía mexicana no ingrese al mercado telefónico estadounidense hasta que las normas tarifarias queden claras.

Por otro lado, las compañías de televisión Azteca y Cablevisión han quedado legalmente habilitadas para operar sistemas telefónicos a nivel local. Ambas han ofrecido tarifas en telefonía celular a muy bajo costo a fin de impulsar el consumo popular. Esta nueva opción ha dejado en un marco aún más lejano a las compañías estadounidenses para ofrecer tarifas atractivas a nivel local, donde el mercado a ganar se encuentra en los extractos de clase media y popular.

4.- Liberalización de telecomunicaciones en Europa

El sector de las telecomunicaciones en Europa está caracterizado por un fuerte crecimiento, en el que se producen constantes innovaciones y

una rápida evolución tecnológica. Se trata sin duda de un sector central en la economía y en la sociedad.

En 1987 emprende la Unión Europea el camino hacia la liberalización de las telecomunicaciones de la mano del "Libro Verde sobre desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones". A partir de este momento se marca por la Comunidad un calendario comprensivo de las sucesivas etapas de la liberalización en Europa que concluiría en 1998.

Los objetivos prioritarios establecidos por la Unión Europea en el marco de la liberalización ponen de manifiesto la voluntad de privilegiar a los ciudadanos, fundamentalmente a través de mayor calidad y accesibilidad a los servicios, y a las empresas, mediante el fomento de la capacidad de innovación y su mayor competitividad.

5.- Efectos

El efecto fundamental de la liberalización es la disminución de las tarifas de los servicios de telecomunicación, lo que sin duda contribuye a una mayor difusión de las nuevas tecnologías de la información y al afianzamiento de la Sociedad de la información (SI).

El teletrabajo, aprendizaje a distancia, las redes de asistencia médica, e-mail, consulta de bases de datos en línea... son las expresiones de la SI que se ven favorecidas por el descenso de tarifas.

La presencia de nuevos operadores en el mercado de los servicios y equipamiento de telecomunicaciones reforzará la capacidad de innovación y dará paso a nuevos avances tecnológicos. La Unión Europea desempeña un papel activo en este ámbito a través de numerosos programas de investigación (Quinto Programa Marco de IDT) y proyectos piloto.

En España, además de las tres grandes operadoras, Telefónica, Retevisión y Uni 2, que ofrecen comunicaciones de voz y datos, van apareciendo nuevas compañías dispuestas a ofrecernos otros servicios. Tal es el ejemplo de Ono, entidad corporativa de Cableuropa, que proporciona servicios como telefonía, televisión e Internet sobre una red

propia de fibra óptica; o Viatel, que suministra telecomunicaciones a pequeñas y medianas empresas.

6.- Beneficios de los ciudadanos europeos a la apertura del mercado de las telecomunicaciones

Oferta, calidad y precio son los tres factores por los que el ciudadano sale beneficiado de la apertura de los mercados.

La presencia de nuevos operadores es sinónimo de multiplicación de productos y servicios, de mayor calidad y de descenso de las tarifas, todos ellos elementos determinantes en un entorno competitivo.

Los servicios de telecomunicaciones interesan a la gran mayoría de los usuarios, pero el uso que se haga de éstos varía considerablemente de un usuario a otro. Si hay pluralidad de empresas y servicios se ofrecerá una respuesta personalizada a cada requerimiento.

7.- Liberalización de telecomunicaciones en América Latina

Latino América se encuentra en una situación de vulnerabilidad ante los países de primer mundo como Estados Unidos y qué decir de la Unión Europea donde sus países han alcanzado una verdadera liberalización en los servicios públicos y además adelanto en las telecomunicaciones y es por esto que son países más avanzados y cada día la tecnología va creciendo mas y mas avanzando de manera muy rápida; pero en Latinoamérica este proceso no mejora las condiciones sociales sino que trae consigo mayor pobreza, inseguridad y problemas socioeconómicas por la falta de tecnología y liberalización de las mismas.

Existen aspectos positivos y negativos sobre las telecomunicaciones, pero desafortunadamente en América latina por la cantidad de población que no es muy numerosa, como la de Estados Unidos o países de la Unión Europea es que no hay una verdadera liberalización de las telecomunicaciones en los países de Sur América y es por esto que predominan los aspectos negativos; porque no se encuentra a la misma altura de competencia en el comercio, tecnología y esto le afecta a los países además porque sufren crisis financieras y la calidad de los servicios que prestan no son los óptimos, mejores, ya sea que el Estado

preste directamente el servicio público o sea dado mediante concesión de los mismos a entes privados que siempre será lo mejor.

Los movimientos de capital a corto plazo ya han causado graves problemas en regiones en vías de desarrollo; esta crisis ha provocado contrariedad sobre las telecomunicaciones en diferentes países de Latinoamérica por falta de cobertura de los mismos.

No se puede negar que las inversiones internacionales de capital son indispensables y contribuyen al desarrollo de cada país; cuando estas inversiones producen problemas la respuesta no es cancelar el ingreso de capital extranjero sino organizar los ingresos, crear ministerios, departamentos que estén encargados de estos ingresos.

8.- Liberalización de telecomunicaciones en Ecuador

La diversidad del Ecuador es la riqueza natural que poseemos.

La población ecuatoriana siente cada vez más el efecto de las telecomunicaciones sobre todo los teléfonos que cada vez vienen con mayor tecnología, para el desarrollo de la vida diaria, pero aun así no se logra abastecer a la mayoría de la población con las telecomunicaciones, por la falta de conectividad que no llega a todos los lugares más remotos, y por la falta de eficiencia económica que está padeciendo el país, por la falta de empleo y plazas de trabajo.

Lo que se conoce de las telecomunicaciones en otros países causa que tengan idea negativa, o pensamiento anti-globalización; pues aunque sea favorable para la situación económica, no lo es para la igualdad social.

"No cabe duda de que las políticas neoliberales-no solo en Ecuador y otros países pobres sino hasta en los ricos-, aunque hubieran tenido efectos positivos, han traído empobrecimiento de amplio sectores y han agudizado tensiones sociales."

Cuando hablamos de las telecomunicaciones, se hace investigaciones, estudios sobre los efectos en la economía, pero no se toma en cuenta los pequeños comerciantes, sino las grandes empresas y en

realidad las más afectadas son los pequeños vendedores que tienen que combatir con productos industrializados de otros países, como calzado, vestimenta, aquellos minoristas solo ganan lo suficiente para cubrir los gastos de producción.

Ecuador está inmerso en este mundo de constante evolución y cambios. Es necesario no solo aceptar la diversidad que existe pero quererla y pugnar por no perder los rasgos de nuestra nación.

Se quiere mantener la unidad del país pero es urgente cuidar la herencia que el pasado nos regaló.

Hay gran pobreza, enfermedad, subdesarrollo, inseguridad social, conflictos políticos, sociales y más aun debemos unificar al país, fortalecer la nación pues sino al ser arrastrada en el fenómeno de las telecomunicaciones no soportará las consecuencias negativas y verá que no tiene cabida y no podrá competir.

9.- Conclusiones

A primera vista se pueden obtener las siguientes conclusiones: se ha acentuado la concentración del comercio de México con Estados Unidos pero con otros países de Latinoamérica el incremento ha sido mucho más reducido. No obstante México comienza a contemplar la posibilidad de celebrar tratados comerciales con otros países de América Latina y con la Unión Europea.

Las nuevas tecnologías de información han llegado y se han expandido a nivel mundial a pesar de la grave crisis económica que ha caracterizado parte de la década de los ochenta y de los noventa. Ante la ausencia de una política de comunicación que contemple las demandas sociales, estas tecnologías han tenido como lógica la dirección e interés del gran capital nacional e internacional.

Los efectos de la privatización de las telecomunicaciones y las líneas de avance en ciertos rubros: telefonía y televisión. Desde esta perspectiva se vive un capítulo inédito en la historia de las telecomunicaciones, ya que después de haber creado y sostenido a grandes monopolios de la telecomunicación ahora enfrenta las rudezas de la apertura de un

mercado altamente competitivo y donde las grandes empresas de telecomunicaciones internacionales serán determinantes para formar el carácter de la oferta y del mismo mercado.

La ausencia de una política que considere la futura dirección de las nuevas tecnologías de información ha favorecido la introducción desordenada de programas de televisión por cable, video, televisión vía satélite y radio digital, entre otras innovaciones.

Una de las consecuencias de primer orden ha sido abrir un mercado que parecía cerrado a la competencia, pero como consecuencias de segundo orden debe mencionarse una penetración acelerada de programas estadunidenses generándose una crisis de producción nacional cinematográfica y televisiva. Al no existir una política que frene la llegada de este tipo de programas se genera una crisis cultural que se manifiesta de dos formas: el predominio del inglés en estos programas y la ausencia de contenidos que tengan relación directa con la cultura latinoamericana.

Los efectos de las telecomunicaciones han sido carácter positivo y negativo, según el punto de vista de quien lo juzgue. Para sus defensores todo son aspectos positivos: aumento de la competencia, reducción de los precios, llegada de capitales a los países subdesarrollados, evita la emigración forzosa, y favorece el crecimiento económico. Frente a estos aspectos positivos, son numerosos los autores y movimientos sociales que señalan aspectos negativos: modifica las relaciones sociales a favor de los más poderosos y del capital, en perjuicio del trabajador, sobre todo del no cualificado. Ello agudiza los procesos migratorios desde los países pobres a los más desarrollados.

Incrementa la privatización de bienes y servicios. Muchas empresas o servicios públicos caen en manos del capital privado, con el argumento de la mayor eficacia de la gestión y el aumento de la rentabilidad empresarial.

Produce un impacto ecológico de gran alcance por el modelo de producción y consumo que impone, basado en el crecimiento sin límites.

El auge de los movimientos financieros y la desaparición de las fronteras para el capital, hace que el sistema mundial sea muy frágil, pues una quiebra de estos movimientos puede producir un colapso de la economía mundial

Por último, los desajustes sociales se han incrementado, tanto dentro de cada país como entre países.

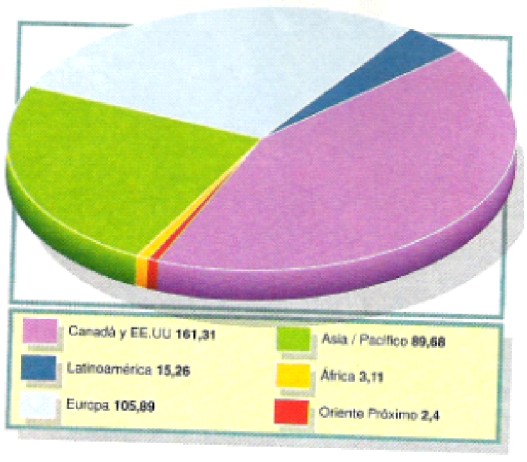
Desventajas

Una tercera parte de la población está parada o subempleada.

Una tercera parte de los cerca de 3.000 millones de personas que constituyen la población activa mundial, se encuentra desempleada o subempleada, según un informe de la Organización Mundial del Trabajo (OIT). En dicho informe se afirma que se trata de gente "desempleada o subempleada", o sea, los que buscan trabajo y los que tienen ingresos inferiores a lo que necesitan para que su familia no se encuentre en estado de pobreza.

Asimismo el informe señala que el trabajo ocasional o sin contrato es más frecuente en el mundo en los últimos años, sobre todo en países que están liberalizando los mercados de los productos y el trabajo.

La expansión de las redes de telecomunicación e información



10.- Bibliografía

- CARRILO, Laura; Inhibe infraestructura competitiva del país, Reforma; 23 abril de 2000.
- DÁVILA, María del Mar; Artículo: Historia de los Acuerdos Comerciales, entre 1986-2000 en los saldos de la globalización; Revista Equis, Núm. 27; publicada en julio del 2000; México, D.F; pág. X.
- Ley Federal de Telecomunicaciones, 1995
- Satellite Orbit, N.Y. April 1995
- GÓMEZ MONT, Carmen; El Desafío de los nuevos medios de Comunicación en México; Ed. Diana; México, D.F.; 1992.
- V.A. Cultura, Medios de Comunicación y Libre Comercio, AMIC, México, D.F., 1992.
- MUÑOZ, Paz; En seis años de Libre Comercio, subempleo y desempleo: Luján, en: Los saldos de la globalización, Revista Equis, Núm. 27, julio del 2000.
- Expansión, número especial Telecomunicaciones, abril de 1997.
- Reforma-Interfase, Entrevista a José Calderni, lunes 15 de junio de 1998, Méxioc, D.F.
- Reforma- Telecomunicación-Suplemento especial, 30 de junio de 1998, México, D.F.

Derecho Electoral

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE PARA LAS ELECCIONES 2009 DENTRO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL AÑO 2008 DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Dr. Reynaldo Huerta Ortega[*]
Dra. Rosa Elena Jiménez Vanegas[**]
Ab. Luis Sánchez Baquerizo[***]

RESUMEN:

El equipo de investigadores del ISEJ[1] efectuó un análisis al proceso de elecciones generales que vivió el Ecuador en el año 2009, para determinar las características y el impacto para la realidad jurídica ecuatoriana y, de manera especial, para evaluar sus implicaciones en la vida democrática del país.

La razón principal de la elección de la presente investigación fue el hecho de que, a diferencia de lo ocurrido en procesos eleccionarios

[*] Catedrático principal por más de 30 años en la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en las cátedras Filosofía del Derecho y Derecho Procesal Internacional. Director del Instituto de Investigaciones ISEJ de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. E-mail: reinaldo.huerta@cu.ucsg.edu.ec.

[**] Conciliadora y Coordinadora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

[***] Profesor invitado en la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. E-mail: luissanchezb@hotmail.com

[1] Centro de Derecho Público Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas ISEJ de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

anteriores, las elecciones 2009 se produjeron luego de un proceso constituyente, en el cual todos los cargos públicos de elección popular tuvieron que someterse a nuevas elecciones y esto ejerce impacto en la democracia.

ABSTRACT:

The team of researchers from the ISEJ[2] conducted an analysis process of general elections who lived the Ecuador in 2009, to determine the characteristics and impact for the Ecuadorian legal reality and, in particular, to assess its implications in the democratic life of the country.

The main reason for the choice of this research was the fact that, unlike what happened in previous eleccionarios processes, 2009 elections occurred after a constituent process in which all public officials elected had to undergo new elections and this has impact on democracy.

PALABRAS CLAVES:

Democracia. Función electoral. Consejo Nacional Electoral. Tribunal Contencioso Electoral. Constitución de la República. Participación política. Partidos políticos. Justicia electoral. Control de constitucionalidad. Referéndum. Legitimación.

KEY WORDS:

Democracy. Electoral function. National council election. Electoral dispute Tribunal. Constitucion of the Republic. Political participation. Political parties. Electoral Justice. Control of Constitucionality. Referendum. Legitimation

[2] Center for comparative public law, Institute of ISEJ legal research of the Faculty of jurisprudence and political science, and social of the Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

SUMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN.- 1.1.- Justificación.- 1.2.- Contribución potencial del estudio.- 1.3.- Antecedentes.- 1.4.- Contexto y definición del problema.-Objetivos de la investigación.- 1.5.- Hipótesis y/o preguntas de investigación.- 1.6.- Estrategia de investigación.- 1.7.- Limitantes del estudio.- 2.- MARCO TEÓRICO.- 2.1.- Introducción.- 2.2.- Democracia como institución.- 2.3.- Teoría de la Democracia Deliberativa.- 2.4.- Lo deliberativo y la Argumentación Jurídica.- 2.5.- Los principios aplicados al ámbito Electoral.- 2.6.- Representación Política en lo Electoral.- 2.7.- Los partidos políticos, su rol, su participación electoral y la representatividad.- 2.8.- El método para la asignación de escaños.- 2.9.- La constitución y el régimen de transición como Normativa en el proceso electoral del año 2009.- 2.10.- Participación política de la ciudadanía en lo Electoral.- 2.11.- La inclusión de nuevos actores y su participación Política en lo electoral.- 2.12.- La justicia electoral y los derechos políticos Electorales de la ciudadanía.- 2.13.- El control de constitucionalidad en materia electoral.- 2.14.- La Función Electoral.- 2.14.1.- Estructura de la Función Electoral.- 2.14.2.- El Consejo Nacional Electoral.- 2.14.3.- El Tribunal Contencioso Electoral.- 2.15.- Mecanismos de Democracia Directa.- 2.15.1.- El Referéndum.- 2.15.2.- Revocatoria del Mandato.- 3.- ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.- 4.- RESULTADOS.- 4.1.- Análisis conceptual y descriptivo de las Normativas electorales y la institución electoral aplicadas en las elecciones 2009 verificado con la teoría de la democracia deliberativa.- 4.2.- Análisis descriptivo de la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral.- 4.3.- Análisis descriptivo de las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral respecto a aspectos vinculados a los principios Constitucionales y la teoría de la Democracia Deliberativa.- 4.4.- Sentencias del Tribunal Contencioso Electoral respecto a aspectos vinculados con la Democracia Deliberativa y el diseño Institucional electoral aplicado, en las Elecciones 2009.- 4.5.- Análisis a las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral respecto a aspectos formales en la inscripción de candidaturas y/o movimientos o partidos, en las Elecciones 2009.- 4.6.- Sentencias del

Tribunal Contencioso Electoral respecto a aspectos normativos del proceso electoral, en las elecciones 2009.- 4.7.- Sentencias del Tribunal Contencioso Electoral respecto a las acciones de protección y amparo electoral presentados por los sujetos políticos, en las elecciones 2009.- 4.8.- Sentencias del Tribunal Contencioso Electoral respecto a recursos contenciosos electorales.- 5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.- 5.1.- Valoración de los resultados y conclusiones.- 5.2.- Recomendaciones.- 6.- BIBLIOGRAFÍA.-

1. INTRODUCCIÓN

El Instituto de Investigaciones, Servicios y Estudios Jurídicos y Sociales (ISEJ) de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil se encuentra empeñado en desarrollar investigaciones y estudios en el ámbito jurídico que permitan el desarrollo coherente de la normativa aplicada a la realidad ecuatoriana. Por lo cual, el equipo de investigadores del ISEJ efectuó un análisis al proceso de elecciones generales que vivió el Ecuador en el año 2009, para determinar las características y el impacto para la realidad jurídica ecuatoriana y, de manera especial, para evaluar sus implicaciones en la vida democrática del país.

La razón principal de la elección del tema -lo que motivó al equipo de investigadores para efectuar el análisis a la normativa aplicada que reguló el proceso de elecciones desarrolladas en el año 2009- fue el hecho de que, a diferencia de lo ocurrido en procesos eleccionarios anteriores, las elecciones 2009 se produjeron luego de un proceso constituyente, en el cual todos los cargos públicos de elección popular tuvieron que someterse a nuevas elecciones.

El proceso eleccionario dentro del Régimen de Transición, no solo tuvo como impacto el hecho de la elección de varias dignidades, sino que la normativa constitucional transitoria otorgó al organismo electoral administrativo -Consejo Nacional Electoral- facultades normativas, esto es, se confirió la atribución para dictar normas jurídicas generales regulatorias del proceso electoral, pero, a su vez, se señaló expresamente la vigencia de la normativa electoral anterior en todo lo que no se oponga a ésta.

La presente investigación no pretende agotar los temas aquí tratados, su intención es aportar al debate.

1.1. Justificación

Construir una democracia en serio requiere, más allá de meras reformas de carácter legislativo, un profundo debate ciudadano, donde se discutan las ideas y propuestas de la Teoría Política, Moral y Jurídica contemporánea, luego de una revisión y lectura crítica de los máximos exponentes teóricos de la democracia, como son Habermas, Rawls y Nino entre otros.

Con este fin se propuso en la constitución del año 2008 la implementación de mecanismos alternativos de participación ciudadana que promuevan la inclusión de dichos sectores en el debate político, dejando atrás las viejas estructuras de los partidos políticos tradicionales.

Las teorías democráticas contemporáneas, como la deliberativa o participativa, así como las pluralistas, fueron acogidas y analizadas por los constituyentes, con el fin de que el sistema democrático diseñado en el proyecto de nueva constitución supere a las teorías netamente formalistas o de democracia representativa.

De tal manera, la nueva Constitución de la República (en adelante CR), que fue aprobada mediante referéndum por la voluntad mayoritaria del pueblo ecuatoriano, establece una nueva institución para canalizar los aspectos electorales, denominada Función Electoral. Este diseño institucional o estructural de la Función Electoral establece dos organismos que la conforman, el Consejo Nacional Electoral para los aspectos administrativos y normativos, encargado de la planificación y organización de los procesos electorales, y el Tribunal Contencioso Electoral, para los aspectos de la administración de justicia electoral.

Este nuevo diseño institucional para la Función Electoral, tuvo una particularidad, que fue la vigencia de un Régimen de Transición específico en el ámbito electoral a nivel constitucional, causando una alteración a las normativas electorales del sistema jurídico ecuatoriano, por cuanto se encontraba vigente la Ley Orgánica de Elecciones y la Ley

de Partidos Políticos con todas sus reglamentaciones, junto con la expedida dentro del contexto del Régimen de Transición.

En este contexto, el diseño institucional que consta en el Régimen de Transición le concede una facultad legislativa al Consejo Nacional Electoral, al permitirle constituir un cuerpo normativo para regular los actos con sustancia electoral que debían ser aplicados en el proceso de elecciones generales previsto para el año 2009.

Uno de los aspectos administrativos que se tomaron en cuenta para el presente estudio, fue la conformación del nuevo diseño institucional para la toma de decisiones jurídico-políticas, que se efectuaba en unos casos por votación de simple mayoría de los funcionarios públicos –nombrados mediante concurso público-, que podían dejar sin efecto decisiones legislativas que, dentro del sistema jurídico, eran jerárquicamente superiores.

Las resoluciones del organismo electoral encargado de la organización de las elecciones generales, esto es, el Consejo Nacional Electoral, crearon mucha confusión en los sujetos políticos, pues el proceso electoral no estaba siendo regulado por normas previamente establecidas y de conocimiento público, sino por resoluciones administrativas de carácter general que no eran publicadas en el Registro Oficial. Este desconocimiento de la nueva normativa electoral generó, como era de esperarse, un ambiente de incertidumbre y caos entre los sujetos políticos; por tanto, la falta de certeza tuvo como consecuencia que la participación de nuevos actores políticos, con ideas renovadas y nuevos objetivos sociales, haya sido obstaculizada y, por ende, su inserción en la contienda electoral, restringida.

En este mismo diseño institucional se contempló la creación del Tribunal Contencioso Electoral, organismo que es el encargado de la administración de justicia en el ámbito electoral. Su actuación dentro del proceso de elecciones generales del año 2009, ha generado jurisprudencia, la misma que es necesario analizar, por cuanto, a través de ella se sentarán precedentes respeto a la justicia electoral.

1.2. Contribución potencial del estudio

Al efectuar un análisis al proceso electoral surgido en el Régimen de Transición propuesto por la Constitución del año 2008 enmarcado dentro de la democracia deliberativa contribuye a desarrollar al interior de la Universidad y en el Instituto de Servicios y Estudios Jurídicos –ISEJ- no solo el análisis a la normativa *per se* sino que promueve el debate de la construcción de la democracia surgida en procesos electorales tan complejos como el vivido en el año 2009.

La Universidad, como ente generador de ideas y de pensamiento crítico, debe estar a la vanguardia en el campo del pensamiento, por ello el debate debe ser dirigido desde la academia, constituyéndose en un foro imprescindible para la construcción de la ciudadanía activa y participativa, que conozca y sepa ejercer aquellos derechos que son presupuestos necesarios para la vigencia del sistema político de toma de decisiones mayoritarias, con la finalidad de realizar el ideal tan añorado del autogobierno colectivo.

Al reconocer la importancia de la democracia como sistema político de toma de decisiones, y de los organismos e instituciones del Estado, creados o diseñados para ponerla en práctica y garantizarla, se hará imprescindible que, tanto en las carreras de Derecho, como en las de Ciencias Políticas, y demás ciencias sociales, se fomente la enseñanza del Derecho Electoral, como un campo sumamente importante de la Ciencia Jurídica. Por cuanto la participación, manifestada en el derecho al sufragio mediante el voto individual, permite construir una democracia en la cual la libertad sea respetada y junto con la seguridad jurídica sean el eje transversal del andamiaje jurídico de la sociedad ecuatoriana.

Generar discusión jurídica-social y jurídico-política respecto a la formas de democracia que necesitamos como país, cuya historia política ha venido girando en torno al tan ansiado desarrollo, tanto en el plano social como económico y cultural, se torna sumamente necesario, ya que sin una verdadera participación activa de los electores en la toma de decisiones, durante la elección de sus gobernantes, y luego de ella, mientras se encuentra en su cargo representativo, no alcanzaremos a construir el tan añorado ideal de un Estado de hombres libres e iguales.

1.3. Antecedentes

La República del Ecuador, en el año 2008, vivió un proceso constituyente que concluyó con la expedición de una nueva constitución, texto normativo que está compuesto por cuatrocientos cuarenta y cuatro artículos, además de varias disposiciones finales y de un Régimen de Transición independiente, todo lo cual hace que sea una de las constituciones más extensas del planeta. Dentro de dicho articulado se garantiza una vasta lista de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los derechos de participación, cuya denominación más conocida es la de los derechos políticos, aquellos que garantizan la posibilidad de elegir y de ser elegido en procesos eleccionarios universales y transparentes.

En aquel momento constitucional, mientras se encontraba en funcionamiento la Asamblea Constituyente de la ciudad de Montecristi, se generó una serie de debates y discusiones en torno al proyecto de nueva constitución, siendo la garantía y exigibilidad de los derechos humanos las demandas más fuertes de parte de los amplios sectores de la ciudadanía; por otra parte también se puso mucho énfasis en el diseño de mecanismos que depuren nuestro sistema democrático que, desde la salida de la dictadura militar, había sido violentado en reiteradas ocasiones, llegando a destituir no sólo a Presidentes de la República, o Magistrados de la Corte Suprema, sino, también, llegando al caso extremo de una destitución masiva de Diputados.

Uno de los temas más recurrentes que fueron tratados durante el arduo proceso constituyente, fue la forma o el diseño institucional idóneo y necesario para dejar atrás el sistema político conocido como partidocracia, calificativo peyorativo utilizado para describir al sistema de partidos políticos tradicionales.

Se tenía como meta la instauración de un sistema que garantice las condiciones para la inclusión de las grandes masas pertenecientes a los sectores que, a todo lo largo de nuestra historia republicana, habían sido estructuralmente marginados de la sociedad, buscando además el surgimiento de nuevos actores, que nuevas voces sean escuchadas, en la vida democrática del Ecuador.

1.4. Contexto y definición del problema

Este nuevo diseño institucional para la Función Electoral, entró en vigencia una vez aprobado el Régimen de Transición de la Constitución de la República, lo cual causó una alteración al Sistema Jurídico Ecuatoriano, ya que, aun cuando se encontraba en vigencia la Ley Orgánica de Elecciones y la ley de partidos con todas sus reglamentaciones, entre otras normativas relacionadas al ámbito electoral, dentro de este contexto del Régimen de transición, se le concede una facultad legislativa al Consejo Nacional Electoral, al crear un cuerpo normativo que regulará los actos con sustancia electoral. Esto tuvo como consecuencia, que la toma de decisiones jurídicas se efectuaba con una votación de simple mayoría de funcionarios públicos –nombrados mediante concurso público- que podían dejar sin efecto decisiones legislativas que, dentro del sistema jurídico, eran jerárquicamente superiores, todo ello amparados en las disposiciones del Régimen de Transición de la Constitución de la República.

Las resoluciones del organismo electoral encargado de la organización de las elecciones generales, esto es, Consejo Nacional Electoral, crearon mucha confusión en los sujetos políticos, pues el proceso electoral no estaba siendo regulado por normas previamente establecidas, de conocimiento público, sino por actos administrativos con sustancia electoral adoptados para resolver cuestiones del momento, generando por tanto, un ambiente de incertidumbre y caos entre los sujetos políticos. Esto generó que existan obstáculos para la participación de nuevos actores políticos, con ideas renovadas y nuevos objetivos sociales, en su inserción en la contienda electoral.

Así las cosas, surge la pregunta sobre la que versa la presente investigación, ¿El proceso constituyente y las reformas a nivel legislativo y que se insertan dentro del ámbito electoral, al ser consolidadas en el régimen de transición, guardan conformidad o siguen los parámetros establecido por aquellas teorías políticas que propenden a la optimización de los sistemas democráticos?

Esta problemática es la que procederemos a analizar a través del presente estudio de investigación jurídica.

1.5. Objetivos de la investigación

Dentro del marco conceptual se establecieron como objetivos de carácter general, determinar la relación existente entre la aplicación de la normativa electoral en un régimen de transición frente a las proposiciones teóricas de mayor aceptación en el ámbito jurídico político de la actualidad.

Y como objetivos de carácter especifico:

a) Analizar los instrumentos normativos aplicados en el proceso electoral de las elecciones 2009, comparándolos con la legislación electoral anterior;
b) Evaluar la normativa electoral vigente a luz de las proposiciones teóricas de la teoría democrática contemporánea;
c) Describir el proceso electoral desde el funcionamiento de los órganos desconcentrados: las Delegaciones Provinciales y las Juntas Provinciales Electorales;
d) Analizar la realidad electoral ecuatoriana, desde la perspectiva administrativa, jurídica y política, cotejándola con los postulados teóricos de la democracia deliberativa y,
e) Lograr que la Universidad, como foro académico, asuma su misión social de ser el foro donde se discutan y debatan las ideas de forma crítica, garantizando la absoluta libertad de pensamiento y de expresión.

1.6. Preguntas de la investigación

Las preguntas de investigación nos permiten encauzar la presente investigación enfocándonos alrededor del diseño electoral y como este impacta en la democracia ecuatoriana dentro del contexto del Régimen de Transición. Al inicio de la presente investigación nos hicimos las siguientes preguntas:

1. ¿Las normas constitucionales referentes a la función electoral, garantizan una verdadera representación y/o participación de los sujetos políticos frente al electorado?

2. ¿La facultad legislativa conferida al Consejo Nacional Electoral en el Régimen de Transición de la Constitución de la República, para las

elecciones generales dispuestas en el mismo, configuró un estado de incertidumbre jurídica?

3. ¿La consolidación de la democracia deliberativa y participativa en estados donde impera la anomia social no se agota con el establecimiento de disposiciones normativas que la consagren expresamente, aun con mecanismos que garanticen la satisfacción de los derechos de participación y representación?

Preguntas cuyas respuestas serán estudiadas en los acápites siguientes.

1.7. Estrategia de Investigación

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó como estrategia de investigación, la estrategia metodológica cualitativa, por estar vinculada al enfoque hermenéutico-crítico aplicado al estudio de la normativa jurídica. Por cuanto, a través de la misma el equipo investígador se propuso comprender el fenómeno que se estudia, como es, el análisis del proceso eleccionario 2009 frente a las teorías de la democracia.

1.8. Limitantes del estudio

Entre los limitantes presentes en el desarrollo de la presente investigación las podemos ubicar en:

a) limitantes físicas.- todas aquellas limitantes que produjeron un retraso en la ejecución de la misma, entre las que tenemos: espacio físico
b) limitantes formales.- todas aquellas limitantes que impidieron el obtener a tiempo las informaciones requeridas para el respectivo análisis.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Introducción al marco conceptual

El marco conceptual del presente estudio de investigación está compuesto por: 1) la teoría de la democracia desarrollada por Jurgen

Habermas, con su modelo de democracia deliberativa; 2) por el concepto de justicia como equidad de la teoría de la justicia y del liberalismo político propuesto por John Rawls, junto con el estudio de la relación entre Estado, Derecho y Democracia elaborado por Carlos Santiago Nino, y la teoría de la argumentación jurídica de Alexy y Atienza.

De manera adicional, para el análisis jurídico de la normativa electoral, enfocada en el ámbito de la democracia, y en especial dentro del contexto del Derecho Electoral, se toman en cuenta conceptos transversales tomados de Giovanni Sartori y que serán analizados en el contexto de la normativa electoral como son: representación, representatividad, legitimación y legitimidad.

La construcción de una democracia en sentido normativo, requiere, más allá de meras reformas de carácter legislativo, un profundo debate ciudadano. Por ello, resulta necesario, para el desarrollo del presente estudio, la enunciación de las ideas y propuestas de la Teoría Política, Moral y Jurídica contemporánea, luego de una revisión y lectura crítica de sus máximos exponentes, como son Habermas, Rawls, Bobbio y Nino, entre otros.

Cuando hablamos actualmente de teorías y tipologías cuyo enfoque se refieren a la democracia representativa, y en otras de reciente instauración, sólo *constituyen* democracias en el sentido de que cumplen con los criterios expresados por Robert Dahl cuando las define como Poliarquía[3], al no ser democracias representativas y que a criterio de O`Donnell las denomina democracias delegativas[4] por no ser democracias consolidadas —es decir, institucionalizadas—, no impidiendo que puedan ser democracias duraderas al existir un importante efecto de interacción.

---

[3] Dahl, Robert , La Democracia y sus críticos.- Ediciones Paidos Ibérica S.A. 1992, ediciones en castellano traducción de Leandro Wolfson.

[4] O'Donnell Guillermo.- Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización. Buenos Aires: Editorial Paidos, 1997, documento original publicado como "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, January 1994: 55-69. © 1994 National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press.

En este contexto, el concepto de ciudadanía, en su esencia, como participación en el poder político y del ciudadano autónomo[5] tiene su impulso, no sólo por estar presente en la CR, sino por formar parte de los derechos que son garantizados en el ámbito electoral. La palabra ciudadanía la redescubre Ralf Dahendorf en 1988 quien recuperó de la idea de ciudadanía planteada por T.H.Marshal en el año 1950.

Para efectos del análisis de la presente investigación, el rol del ciudadano habitante en una circunscripción territorial determinada es vital, por cuanto su decisión compromete la toma de las decisiones futuras que afectan a dicha circunscripción territorial cuando se eligen los gobiernos locales, o a un país cuando se eligen parlamentarios y/o asambleístas pertenecientes al poder legislativo; por quien recepta la voluntad expresada en las urnas de parte del ciudadano que ejerció su derecho político.

REVISIÓN DE APORTACIONES CONCEPTUALES PARA LA INVESTIGACIÓN.

El presente estudio se enmarca dentro del concepto Democracia, por ello se vuelve necesario efectuar un análisis a los diversos modelos de democracia. La base conceptual de nuestra investigación es el modelo teórico propuesto por Jürgen Habermas, sociólogo alemán que ha desarrollado la noción de política deliberativa y ha expuesto las consecuencias que de ella se derivan, con el fin de enfrentar las carencias que expresan, tanto el pensamiento liberal como el republicano, cuando tratan de fundar el sistema democrático.

2.2. La democracia como institución

Antes de analizar la democracia deliberativa y los aspectos que le atañen, a saber, la representación, la legitimidad, la justicia y el control electoral; debemos dar una primera mirada a las diversas concepciones.

Para la concepción Liberal el proceso democrático cumple la tarea de programar al Estado en interés de la sociedad, en términos de economía

[5] Concepto expresado por Adela Cortina

de mercado. Imponer intereses sociales frente al aparato estatal (fines colectivos).

En la concepción Republicana se establece que la política no se agota en la mediación (particular-colectiva), sino que es elemento constitutivo del proceso social (solidaridad es la tercera fuente de integración social), voluntad política de tipo horizontal orientada hacia un entendimiento o consenso alcanzado argumentativamente. La comunicación política queda protegida de ser absorbida por el aparato estatal o de ser asimilada a la estructura del mercado. La sociedad civil, como infraestructura del espacio público político, tiene un significado estratégico.

Un punto importante para la visión Liberal son los derechos subjetivos, entendidos como libertades negativas frente al Estado, y que para la visión republicana son los derechos de participación y comunicación política que protegen las libertades positivas, y recaen en los sujetos responsables de una comunidad de libres e iguales.

Las libertades negativas, protegidas por derechos, únicamente generan obligaciones de abstención o de "no hacer" por parte del Estado, mientras que las libertades positivas requieren del mismo de obligaciones positivas o de "hacer". Así, podemos denominar a los primeros "derechos-autonomía" y a los segundos "derechos-prestación". No obstante, de acuerdo con las teorías del derecho más importantes de la actualidad, se puede concluir que la distinción mencionada carece de fundamento, puesto que ambos derechos requieren tanto de obligaciones estatales positivas como negativas.

En cuanto a la política, los liberales reflejan una lucha por posiciones que aseguran la capacidad para disponer del poder administrativo en coordinación, por encima de la cooperación; exigiendo de la gente que sólo considere su autointerés. Para los Republicanos, en cambio, la comunicación política está orientada al entendimiento, no como un mercado sino como un diálogo. Para NINO como "Concepción Dialógica, entiende a la política como un proceso de razón y no de voluntad, de persuasión y no exclusivamente de poder para llegar a un acuerdo relativo, bueno o justo, ordenar aspectos de la vida que se refieren a las relaciones sociales de las personas. Poder administrativo solo puede

emplearse sobre la base de las políticas, y dentro de los límites de las leyes que surgen del proceso democrático."

La concepción liberal de la democracia está centrada en la economía, mientras que la republicana se centra en una comunidad ética. El eje del modelo liberal no es la autodeterminación democrática de ciudadanos deliberantes, sino la formación de una sociedad centrada en la economía.

Las teorías y propuestas sobre la Democracia, formuladas en las últimas décadas, la encontramos en la versión schumpeteriana[6], la cual, en la práctica, reduce a la democracia a una cuestión meramente metodológica donde se consagran los procedimientos para la toma de decisiones por regla de mayoría. Son pocos los autores que proponen este modelo; algunos de ellos fueron, en un mayor o menor grado de aproximación, Lijphart y de Huntington, quienes consideraban a la democracia como un mero procedimiento electoral para la selección de líderes que gobiernen un Estado.

Las teorías pluralistas se basan, también, en lo procedimental, pero avanzan respecto al contenido democrático expresado por Schumpeter, ya que dan lugar a un papel más participativo, aunque limitado, de la ciudadanía.

Dahl es considerado, entre los politólogos, como la aportación germinal al pluralismo democrático por su formulación del concepto de poliarquía. Él manifiesta que para que un régimen se lo considere como poliárquico, éste debe reunir, al menos, tres requisitos o condiciones para catalogar e identificar a cualquier régimen político como democrático.

La libertad de la ciudadanía se constituye cuando se asocia y se expresa con el voto de los electores, junto con el derecho de los líderes políticos al competir por el favor de los ciudadanos en las urnas, dentro procesos electorales libres e imparciales, generando credibilidad y acreditación democrática.

---

[6] SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, socialismo y democracia. Madrid: Editorial Aguilar, 1968

La democracia poliárquica, a pesar de que se trata de una definición basada en criterios minimalistas de democracia política, tiene aceptación entre diversos autores significativos y notorios, como son: Morlino, Di Palma, Sartori, Linz, Bobbio, Hartlyn, Przeworski, Shugart y Mainwaring, incluso –aunque con matices- añadiríamos a esta lista a los ya citados Huntington y Lijphart.

Norberto Bobbio[7], en su concepción de la democracia integral, considera complementaria la democracia representativa respecto a sus principios con la democracia directa. En lo concerniente a algunos de sus mecanismos y formas, Dahrendorf[8] manifiesta que hay un "desagradable error" que puede suponer confundir la sola celebración de elecciones con la democracia política.

Existen autores como Di Tella, O´Donnell, Flisfisch, Schmitter, Stepan, Weffort, Pasquino, Jáuregui, Cotarelo, Alcántara, Zovatto, Markoff, Sichar, entre otros, quienes consideran que la ciudadanía ejerce un rol preponderante al supervisar, de manera muy atenta, al gobierno, para así permitir el hacer factible un ejercicio efectivo de la ciudadanía.

Linz[9] nos hace reflexionar sobre la posible pérdida de apoyo de la ciudadanía respecto a los principios e instituciones democráticas, cuando el sistema democrático se enfrenta a importantes problemas sociales y económicos y no existe la respectiva capacidad de respuesta, lo que genera la demanda de cambios urgentes en las sociedades.

En los últimos tiempos surge la democracia deliberativa, que busca superar los convencionalismos de las instituciones democráticas, generando que el ciudadano sea capaz del ejercicio del poder político.

---

[7] BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 40-41.

[8] DAHRENDORF, Ralph. Después de la democracia. Barcelona. Editorial Crítica, 2002. p. 9.

[9] LINZ, Juan. Transiciones a la democracia. Revista Española de Investigaciones Sociológicas, nº 51. Madrid, 1990. p. 32

La idea de una Democracia Deliberativa se ha abierto espacio en el pensamiento filosófico, político, sociológico y jurídico. Así lo demuestran algunos autores como J. Cohen, James S. Fishkin y Carlos Santiago Nino.

La teoría deliberativa se centra en la formación de opinión y de la voluntad común, y en la estructuración, en términos de Estado de Derecho, de derechos fundamentales para cumplir presupuestos comunicativos del proceso democrático. Con ello se obtiene una intersubjetividad de orden superior, que comprende procesos de entendimiento que se efectúan en forma institucionalizada mediante deliberaciones en las corporaciones parlamentarias o en la red de comunicación de los espacios públicos políticos, debiendo respetarse los límites entre Estado y Sociedad.

2.3. Teoría de la democracia deliberativa

La democracia deliberativa permite, como proceso de discusión pública, que los ciudadanos potencialmente afectados por las decisiones tomadas colectivamente estén informados y, conscientemente, emprendan la búsqueda del interés público para el bienestar colectivo.

La concepción deliberativa busca complementar la noción de democracia representativa no confrontarla, haciendo hincapié en la racionalidad de la argumentación y en la discusión pública de las decisiones.

La Democracia Deliberativa, como nuevo modelo de toma de decisiones dentro del sistema político, pretende depurar la democracia representativa, tomando en cuenta los principios de imparcialidad y racionalidad.

En consecuencia, es necesario comprender que, tal como afirman los teóricos, las decisiones colectivas que afectan a los individuos sólo pueden ser legítimas cuando se generan mediante la deliberación pública por parte de la ciudadanía, esto es, de todos los posibles afectados por dicha decisión.

Jürgen Habermas propone un modelo que permite analizar la sociedad como dos formas de racionalidad que están en juego simultáneamente:

a) La racionalidad sustantiva del mundo de la vida, y,
b) La racionalidad formal del sistema.

Concepto que lo desarrolla en su Teoría de la Acción Comunicativa[10], en el cual refiere que, "al elegir un determinado concepto sociológico de acción, nos comprometemos con determinadas presuposiciones ontológicas, en las que el lenguaje tiene su soporte más fuerte. Por lo cual, al ámbito de lo político debemos entenderlo en términos de una deliberación que, a su vez, incluya - ya sea a través de representantes o de consultas directas a la ciudadanía- a todos los destinatarios de los acuerdos que se adoptan en ella, esto es, las normas jurídicas y prácticas políticas". Para el caso materia de nuestro análisis viene a ser lo electoral, como la base de una sustentación a la idea de encontrar una actitud cívica común en los ecuatorianos.

Tener la capacidad de percibir que la fuerza legitimadora de una política deliberativa descansa en la "estructura discursiva de una formación de la opinión y la voluntad que sólo puede cumplir su función socio-integradora gracias a la expectativa de calidad racional de sus resultados. De ahí que el nivel discursivo del debate público constituya la variable más importante"[11].

El modelo de democracia deliberativa, propuesto por Habermas, se apoya precisamente en las condiciones de comunicación bajo las que el proceso político puede tener a su favor la presunción de generar resultados racionales porque se efectúa en toda su extensión en el modo y estilo de la política deliberativa.

Sostiene el autor que "Si convertimos el concepto procedimental de política deliberativa en el núcleo normativo de una teoría de la democracia, resultan diferencias tanto respecto de la concepción republicana

[10] Teoría de la Acción Comunicativa, tomos I y II : Critica de la razón funcionalista, versión castellana de Manuel Jiménez redondo, Editorial Taurus Humanidades, primera reimpresión , México 2005.

[11] Jürgen Habermas, Facticidad y Validez (sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso) cuarta edición, traducida por Manuel Jiménez Redondo, p. 381, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

del Estado como una comunidad ética, como respecto de la concepción liberal del Estado como protector de una sociedad centrada en la economía. En la comparación de los tres modelos parte de la dimensión de la política que nos ha ocupado hasta ahora, a saber: del proceso de formación democrática de la opinión y la voluntad común, que se basa en procesos informales de deliberación, en procesos electorales y en resoluciones parlamentarias. Conforme a la concepción liberal ese proceso tiene lugar en forma de compromisos entre intereses. Conforme a la concepción republicana, en cambio, la formación democrática de la voluntad común se efectúa en forma de una autocomprensión ética; conforme a este modelo, la deliberación, en lo que a su contenido se refiere, puede apoyarse en un consenso de fondo entre los ciudadanos que se basa en la común pertenencia a una misma cultura y que se renueva en los rituales en que se hace memoria de algo así como de un acto de fundación republicana. La teoría del discurso toma elementos de ambas partes y los integra en el concepto de un procedimiento ideal para la deliberación y la toma de resoluciones. Este procedimiento democrático establece una interna conexión entre negociaciones, discursos de autoentendimiento y discursos relativos a cuestiones de justicia, es decir, entre tres formas distintas de comunicación, cada una de las cuales tienen su propia lógica, y sirve de base a la presunción de que bajo tales condiciones se obtienen resultados racionales, o fair. Con ello, la razón práctica efectúa, por así decir, una operación de repliegue desde la idea de derechos universales del hombre (liberalismo) o desde la eticidad concreta de una determinada comunidad (comunitarismo) para quedar situada ahora en aquellas reglas de discurso y formas de argumentación que no toman su contenido normativo sino de la propia "base de validez" de la acción orientada al entendimiento y, por tanto, en última instancia, de la propia estructura de la comunicación lingüística."[12]

Por otro lado, Carlos Santiago Nino[13] enfoca a la democracia deliberativa como un concepto normativo que se fundamenta en los

[12] Tres Modelos de Democracia.- Sobre el concepto de una política deliberativa, Conferencia pronunciada en el Departament de Filosofia de la Universitat de València (16 octubre 1991), http://www.alcoberro.info/v1/habermas7.htm, accedido en enero de 2010.

[13] Santiago Nino, La Constitución de la Democracia Deliberativa, Editorial Gedisa, Barcelona 1997.

principios del liberalismo: - autonomía individual, - inviolabilidad de la persona, y –dignidad de la persona. Estos principios, a su vez, se obtienen por medio de un procedimiento de construcción, en el que personas libres e iguales consienten unánimemente en el respeto de ciertos mínimos, como presupuestos para la formación del consenso voluntario. Este método es conocido como constructivismo ético o kantiano, se asemeja al modelo teórico de la Posición Original elaborado por John Rawls y a la teoría de la Acción Comunicativa de Habermas.

La democracia deliberativa busca la implementación de un sistema de toma de decisiones en los que prime el debate, el intercambio de ideas. Así, la democracia, cumpliendo con ciertos requisitos, es la forma de gobierno que más se asemeja al discurso moral de la modernidad, el cual, entre otras cosas, tiene como principal objetivo la adopción del punto de vista imparcial, desde el que deben contemplarse los diferentes intereses en conflicto.

El discurso moral constituye una técnica para obtener consensos, busca el acuerdo en la realización de ciertas conductas, sobre la base de la coincidencia de creencias en razones morales -razones que, para toda persona (agente moral), deben ser el último tribunal de apelación, y que desplazan a cualquier otro tipo de razones, como el autointerés o la prudencia-, con la finalidad de reducir conflictos y facilitar la cooperación.

El sistema democrático de discusión colectiva y de regla de mayoría es más confiable que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones, en lo concerniente a qué o cuáles políticas imponer, mediante el ejercicio de la fuerza estatal. Se torna muy difícil pensar que un individuo, o un grupo reducido de individuos, en la soledad de su despacho o gabinete, lleguen a adoptar soluciones moralmente correctas. El pluralismo de intereses, y de perspectivas, complejiza profundamente la problemática social. Cuán difícil resulta, hasta para el más erudito o sabio, comprender y entender esta diversidad de intereses.

La concepción normativa de la democracia sostiene que existen ciertas precondiciones, o derechos que se deducen de los principios básicos del liberalismo, y que deben ser garantizados como paso previo a la toma de decisiones.

Para autores como Ronald Dworkin[14], uno de los filósofos del derecho más importantes de la actualidad, el derecho moral a ser tratado con igual consideración y respeto sería la precondición para la exigibilidad de los demás derechos jurídicos exigibles. La satisfacción de estos derechos es condición necesaria para depurar el sistema democrático.

El cumplimiento de las obligaciones jurídicas no solo supone la abstención estatal, sino, más bien, impone la prestación de servicios públicos para la satisfacción de mínimos de decencia, que todo ser humano, por el solo hecho de ser tal, requiere.

Para el profesor argentino Roberto Gargarella[15], la democracia deliberativa supone una concepción antielitista, rechaza el elitismo epistemológico, esto es, un criterio según el cual alguna persona, o grupo de personas, se encuentra mejor capacitada para decidir imparcialmente en nombre de todos los demás. En nuestros días, elitistas son quienes ven a la clase política como responsable y "dueña" del gobierno, y sostienen, a su vez, que la ciudadanía debe contentarse pura y exclusivamente con hacer sentir su "voz" periódicamente, a través del proceso electoral mediante el voto para elegir a sus representantes.

En la idea de democracia deliberativa se adopta una postura normativa contraria a la del elitismo, según el principio que se asume, es valioso y deseable que la ciudadanía delibere, a los fines de decidir adecuadamente los rumbos principales de la política. En este caso, la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones colectivas es vista como una condición necesaria del sistema democrático; por ello, dicha participación debe ser alentada y no restringida.

Así, se considera que el sistema político de toma de decisiones debe basarse, primordialmente, en la discusión pública. Vincula las ideas de discusión e imparcialidad. Al apoyar la deliberación pública como méto-

---

[14] Dworkin, Los Derechos en serios, Editorial Ariel, Barcelona, 2004.

[15] Roberto Gargarella, La democracia deliberativa en el análisis del sistema Representativo, Artículo publicado en www.insumisos.com Red de Investigadores Latinoamericanos por la Democracia y la Paz (RILDEPAZ), http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20analisis%20del%20sistema%20repres.pdf

do, los defensores de la democracia deliberativa se oponen no sólo a las versiones elitistas, sino también a versiones "populistas" de ésta.

Una posición es populista, "epistemológicamente populista", cuando considera que la sola intervención de las mayorías, manifestada en el voto, es suficiente para dotar de validez a una cierta decisión. En este sentido, por ejemplo, la concepción de Rousseau podría ser calificada como populista ya que en ella la deliberación está ausente, a pesar de que se sostenga un principio de participación colectiva.

Un importante beneficio del debate colectivo es su carácter educativo. El proceso deliberativo, por el cual la gente intercambia puntos de vista, escucha las opiniones de otros, etc., provee una excelente oportunidad para la autoeducación de quienes debaten; el mejoramiento de su habilidad de razonamiento, de su argumentación y el desarrollo de su capacidad para convivir con otros. De todos modos, sostener que la deliberación favorece este tipo de resultados no implica decir que los produce necesariamente, ni de forma exclusiva. Los defensores de la democracia deliberativa aparecerían defendiendo un principio epistemológico de raíz colectivista opuesto al del "elitismo", ya que el "descubrimiento del interés público" aparecería requiriendo la opinión de cada uno de los posibles afectados por la decisión a tomarse.

La teoría deliberativa sostiene que las preferencias de los individuos no están dadas, lo que significa que siempre están sujetas a corrección o modificación. Los deliberativos defienden que no debe confundirse el tipo de conductas que puede ser apropiado en el mercado, con los comportamientos que deben ser propios de la política, a diferencia de lo que parece ocurrir con las concepciones pluralistas o economicistas de la democracia. En el mercado resulta aceptable que el consumidor elija entre cursos de acción que sólo difieren entre sí en cuanto al modo como lo afectan a él. Por otra parte, en la política los ciudadanos deben expresar sus preferencias respecto de estados que también difieren en el modo en que pueden afectar a otros sujetos. De allí, por ejemplo, la necesidad de crear oportunidades para que los individuos puedan revisar sus preferencias y cambiarlas si es necesario. Así vista, la política no es concebida como un lugar en el que, meramente, se implementan preferencias previamente existentes.

El individualismo es otra nota característica de la concepción deliberativa, la que lo diferencia de la versión pluralista de la democracia cuya principal preocupación es la de que ninguna facción o grupo de interés se imponga sobre los demás grupos, asegurando así un equilibrio entre las distintas corporaciones presentes. Lo que se pretende en nuestros días, el aspecto que más énfasis se ha puesto por parte de la teoría política contemporánea, es mejorar la representación de intereses o ampliar el número de facciones participantes en el proceso político. Esta postura difiere ampliamente de los presupuestos individualistas que caracterizan a la democracia deliberativa. El individualismo al que nos referimos consiste, básicamente, en tomar a las personas y no a los grupos como unidades fundamentales del proceso democrático. Ello implica, por ejemplo, privilegiar la defensa de los derechos de las personas por sobre la maximización de los beneficios de grupos o facciones.

La deliberación puede ser importante no sólo por su función "negativa" de prevenir errores en la toma de decisiones colectivas, sino también por sus efectos "positivos" en la provisión de información, contribuyendo así a expandir el panorama de las alternativas entre las cuales optar. Una persona puede dejar de lado algunas alternativas por el mero desconocimiento de las mismas o puede dejar de reconocer ciertos puntos de vista que preferiría a los suyos, sólo porque no está en conocimiento de ellos. En relación con esto podría decirse que la discu-sión puede impedir, o ayudar a prevenir, la adopción de decisiones parciales o sesgadas, virtud ésta que resulta de primera importancia para cualquier sistema de toma de decisiones que afecten a colectivos.

Para efectos de la presente investigación, como concepto eje para el análisis, se toma la tesis de Carlos Nino[16], quien desarrolló una original justificación epistémica de la democracia que se conecta con su elemento deliberativo. La parte democrática de este modelo teórico "incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes…". El elemento deliberativo fue descrito como "la toma de decisiones por medio de

16 Derecho Constitucional I: Organización del Poder. Profesor: Lucas Arrimada. Trabajo por ser publicado en "Teoría y crítica de la Constitución" Abeledo Perrot 2008. Compilador Roberto Gargarella..

argumentos *por* y *para* los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad…".

De acuerdo al profesor NINO "la concepción deliberativa de la democracia ve" a la teoría consensual "como profundamente interrelacionada con la moral y se apoya sobre su poder para transformar preferencias moralmente aceptables. A diferencia de la doctrina de la soberanía popular, del perfeccionismo o de las concepciones dialógicas que no se apoyan en el valor epistémico del proceso democrático, la concepción de la democracia defendida (…) trata de respetar un conjunto de presupuestos liberales" –e igualitarios- "fuertes". "La concepción deliberativa de la democracia apoyada sobre su valor epistémico emerge a partir de confrontarla con el problema del conocimiento moral y de tratar de evitar los extremos de la reflexión individual de Rawls y el populismo de Habermas". Esta posición, continua Nino, "implica que el consenso alcanzado después de un ejercicio de discusión colectiva debe ser de algún modo confiable en el proceso de conocimiento de asuntos morales. Pero esta confiabilidad no puede excluir completamente la confianza en nuestra propia reflexión individual para expresar argumentos en la discusión". Así mismo tomaba, como muchos, la representación política como un "mal necesario".

2.4. Lo deliberativo y la argumentación jurídica

La teoría de la argumentación jurídica[17] es una teoría de la decisión jurídica racional. Sus presupuestos básicos se pueden resumir así:

a) Es una teoría dialógica o discursiva de la racionalidad. Cuál sea el contenido de la decisión racional es algo que no se puede conocer o descubrir ni mediante la intuición particular ni mediante ningún género de reflexión o análisis meramente individual, mediante la razón monológica, la de alguien que "habla" consigo mismo, estudia en soledad y reflexiona. Es en el discurso, en el diálogo, en el debate

[17] Tomado del libro de García Amado, Juan Antonio, en el cual resume lo expuesto por Robert Alexy y Atienza.- El Derecho es un misterio. 6 ¿Qué es la argumentación jurídica?, Lecturas sobre Derecho Constitucional Contemporáneo, UEES, pp. 97-98.

leal entre argumentos y argumentantes donde se puede establecer el contenido debido de la decisión.

b) Es una teoría consensualista de la racionalidad. Racional será aquella decisión apta para alcanzar el consenso entre los concretos argumentantes y de cualquier argumentante; es decir, de cualquiera que tenga interés y razones para preguntarse sobre el asunto y que aporte dichas razones como argumentos y valore los argumentos ajenos. No hay racionalidad sin consenso o sin aptitud de la decisión para lograr, como ideal, ese consenso general.

c) Es una teoría procedimental de la racionalidad. No hay racionalidad sin consenso, pero no todo consenso es consenso racional. Sólo será racional el acuerdo que se consiga en un discurso, en un diálogo en el que los argumentantes respeten ciertas reglas, que son las reglas de la argumentación racional. Esas reglas constituyen lo que podría denominarse el "derecho procesal" de la argumentación racional. Pueden sintetizarse en que ningún argumentante legitimado por un interés en el asunto que se decida debe ser privado de su derecho a argumentar, todos han de poder argumentar con igual libertad y los argumentos de todos deben ser tomados en consideración con idéntico respeto e igual consideración inicial. Se presupone también, como no podría ser de otro modo, que se respeta la lógica común de nuestros razonamientos, es decir, que se hacen inferencias válidas y se evitan las falacias lógicas, así como que el lenguaje se usa con sus significados compartidos y que no se echa mano de un lenguaje privado o ad hoc. Si un discurso gobernado por dichas reglas desemboca en un acuerdo, ese acuerdo será racional y la consiguiente decisión merecerá el mismo calificativo.

d) Es una teoría formal, no material, de la racionalidad. Como consecuencia de lo anterior, el contenido de la decisión racional no está predeterminado, no se halla preestablecido antes del discurso, sino que se sienta precisamente en el discurso, en la argumentación racional: el contenido de la decisión racional será el contenido de ese acuerdo que se ha alcanzado argumentando racionalmente. En este sentido se dice también que estamos ante una doctrina de tipo constructivista.

2.5. Los principios aplicados al ámbito electoral[18]

En el ámbito electoral existen principios que se aplican con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos cuando estos ejercen sus derechos constitucionales de participación, estos principios se aplican a la justicia electoral en el caso concreto de que uno de estos derechos sea vulnerado.

Los principios que vamos a considerar para el presente análisis son los siguientes:

a) Principio pro participación,
b) el principio de unidad del acto electoral,
c) Principio favor libertatis,
d) Principio de no falseamiento de la voluntad popular,
e) Principio de conservación del acto electoral,
f) Principio de seguridad jurídica,
g) Principio de preclusión,
h) Principio de equidad en procesos electorales,

Todos estos principios se encuentran de manera directa e indirecta en la CR y han sido aplicados por el Tribunal Contencioso Electoral, órgano encargado de la justicia electoral.

2.6. La representación política en lo electoral

Cuando hablamos de representación nos referimos necesariamente a un elemento incorporado en el concepto, la delegación. La representación y la delegación no son polos opuestos, por cuanto, a través de un procedimiento, los ciudadanos en las urnas autorizan a algunos individuos (esto es, los elegidos por ellos) para que los representen, comprometiéndola con lo que el representante decida.

El concepto de representación, tratado dentro del contexto del presente estudio, es la representación política, esto es, la conferida por los electores a los elegidos por el Derecho al Voto ejercido en las urnas. Representación política que surge de un contrato pero de índole social, en

[18] Enrique Álvarez Conde.- LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ELECTORAL.- publicado en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales Núm. 9. Mayo-agosto 1991

el cual el representante adquiere su calidad de tal, porque el representado, a través de su decisión de elegirlo en las urnas, le otorga dicha representación. El representante, mediante mandato otorgado por el representado, de forma expresa o tácita, tiene la capacidad para actuar, en nombre del representado, dentro de la vida pública del país, especialmente en aquellas decisiones en las que se requiere el consentimiento colectivo. Rousseau manifiesta que "la idea de los representantes es moderna: procede del gobierno feudal… en las antiguas repúblicas y en las monarquías, el pueblo no tuvo jamás representantes; no se conocía esta palabra"[19].

La representación es otorgada por los ciudadanos y ciudadanas de un país, y la pueden dar porque la ciudadanía se basa en reconocimiento de los derechos políticos[20]. Derechos Políticos que están otorgados por la libertad que tenemos los ciudadanos y ciudadanas de una sociedad para elegir a nuestros representantes y de ser elegidos como representantes de otros ciudadanos o ciudadanas.

Kelsen señala que la libertad natural de seres iguales era sólo factible si era reemplazada por la libertad política. Esta primera metamorfosis de la libertad implica que políticamente libre es aquel individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa[21].

Para el politólogo alemán Dieter Nohlen, la representación es una de los cinco criterios para evaluar un sistema electoral. Se aspira que el sistema electoral refleje adecuadamente los intereses sociales, las opiniones públicas, la representación de todos. La representación de la diversidad y pluralidad; una representación justa, más o menos proporcional, una relación aceptable o razonable entre votos y escaños[22].

La representación en el caso ecuatoriano se encuentra en los dignatarios elegidos por el acto de participación ciudadana en las urnas, determinando que la crisis no está en el sistema democrático-

[19] Rousseau, Jean-Jacques.- El contrato Social.- pág. 107

[20] Touraine, Alan.- pág. 77

[21] Kelsen , Hans.- pág. Pp. 335-360

[22] Cita tomada del libro de Rivera Molina Ramiro .- pág. 197

representativo, sino en la forma como los actores, en este caso los políticos, administran su capacidad de respuesta ante los representados.

En los actuales momentos, la representación política se encuentra en crisis, hay un quiebre entre la voluntad del representado y la del representante. Esto se ve claramente en los actores políticos, específicamente los partidos tradicionales, ya que existe una creciente dificultad para restablecer los vínculos con la sociedad, disminuyendo la participación activa de los actores dentro de los partidos más estructurados, por lo cual se tornan como alternativa la conformación de nuevos movimientos políti-cos.

Por tal motivo, la participación de todos es de suma importancia, John Stuart Mill fundamenta la participación del pueblo en las decisiones de Estado a través de la representación, al manifestar que "el único gobierno que puede satisfacer por completo todas las exigencias del estado social es aquel en el que todo el pueblo participa (...) se deduce que el tipo ideal del gobierno perfecto debe ser el representativo[23].

La representación política tiene algunas dimensiones; con la representación se manifiesta la representatividad que no es otra que la manifestación pura de la voluntad del representado como libertad política. La representatividad que se obtiene en las urnas es el reflejo de la decisión que los ciudadanos y ciudadanas otorgan a un candidato para que ejerza su representación en un espacio de vida pública.

Bobbio señala que "en su uso descriptivo, por democracia los antiguos entendían la democracia directa; los modernos, la representativa"[24]. Por lo cual, para Bobbio, la democracia moderna, nacida como democracia representativa, en contraposición a la democracia de los antiguos, debería haber sido caracterizada por la representación política, es decir, por una forma de representación en la que el representante, al haber sido llamado a velar por los intereses de la nación, no puede ser sometido a un mandato obligatorio. El principio en el que se basa la representación política es exactamente la antítesis de aquél en el

[23] Stuart Mills, John .- El gobierno Representativo.-

[24] Bobbio Norberto - pág. 401

que se fundamenta la representación de los intereses, en la que el representante, al tener que velar por los intereses particulares del representado, está sometido a un mandato obligatorio (precisamente el del contrato del Derecho privado que prevé la revocación por exceso de mandato)[25].

Dentro de la representación, la rendición de cuentas se convierte en el eje del accionar de quienes han recibido la responsabilidad de sus acciones por aquellos sobre quienes afirman tener el derecho a representar. La rendición de cuentas funciona de dos maneras, vertical y horizontal. De manera vertical, los funcionarios elegidos son responsables frente al electorado, que le entregó la delegación, y de manera forma horizontal con el uso de los otros poderes o instituciones que pueden cuestionar, y/o finalmente castigar, las formas incorrectas de actuar con la delegación proporcionada a través del voto.

A la par, es necesario tomar en cuenta que a través de la representación y la rendición de cuentas se determina la existencia y la observancia de la distinción entre los intereses públicos y los privados de quienes ocupan dichos cargos de representación por el voto.

Ahora la propuesta es hablar de una democracia deliberativa y por tanto de una representación acorde a dicha democracia. Tener claro esto, nos permite determinar el impacto que tienen, en los procesos electorales, las campañas políticas, las estrategias que los partidos políticos presentan a los ciudadanos con el fin de captar votos. Echeverría aclara que "contrario a lo que podría suponerse, la génesis de la representatividad política está en la búsqueda de legitimación y sustento para las opciones decisionales que promueven las estructuras administrativas."[26]

En el ámbito electoral, la representación política se da dentro de sistemas electorales que tienen raigambre histórica y está incorporada en el texto constitucional.

---

[25] Bobbio Norberto .- El futuro de la democracia.- pag. 18

[26] Echeverría Julio Pág. 19

Dieter Nohlen, nos señala que existen dos principios de representación política que, a su vez, evidencian objetivos propios. Estos son: el principio de representación por mayoría y el de la de la representación proporcional. Para el primer caso, el objetivo consiste en producir el gobierno de un partido o de una coalición de partidos basado en una mayoría parlamentaria; en cambio para el segundo caso, se trata por el contrario de reproducir lo más fielmente posible en el parlamento las fuerzas sociales y los grupos políticos existentes en la población. Un aspecto importante a tomar en cuenta es la representación política de las minorías o la formación de mayorías para lograr gobiernos estables.

Lo importante para la representación en el ámbito electoral, y de acuerdo a estos dos principios de representación, es el predominio a nivel de los sistemas electorales concretos de ambas combinaciones.

Explicando estos principios, al interior de los sistemas electorales tenemos dos extremos, por un lado, la representación proporcional (pura) que como sistema electoral mayoritario en su efecto conjunto se aproxima más a la representación por mayoría, y, por el otro, la representación mayoritaria (relativa) que como sistema electoral proporcional está más cerca de la representación proporcional. Puede darse lugar a la combinación de los sistemas electorales, en los cuales existen elementos mayoritarios y proporcionales.

No obstante, es conveniente tener presente que no existen los sistemas electorales mixtos, ya que los sistemas electorales, pese a sus diferencias particulares, podrán ordenarse de acuerdo a uno de los dos principios de representación. Y que aun cuando los sistemas electorales combinen elementos técnicos como las circunscripciones uninominales, candidaturas uninominales, regla o fórmula de decisión mayoritaria con otros elementos técnicos que constan en los sistemas proporcionales como circunscripciones plurinominales, candidaturas por lista, regla o fórmula de decisión proporcional; el principio como tal que se aplica el sistema electoral es o la representación por mayoría o la representación proporcional.

Uno de los ejes para el análisis de los sistemas electorales de mayoría o proporcional es el efecto definitorio de ambos sistemas de representación, en consecuencia, cuando aplicamos uno u otro sistema la

relación entre votos y escaños varía. Al aplicar el sistema de representación por mayoría, la desproporción entre votos y escaños de los respectivos partidos es típicamente alta. Mas, cuando se aplica un sistema de representación proporcional, el efecto desproporcional se reduce y, consecuentemente, partidos relativamente pequeños pueden obtener escaños. Determinar cuál es el ideal a aplicar no es posible, existen doctrinarios que prefieren la representación por mayoría y otros la representación proporcional.

2.7. Los partidos políticos, su rol, su participación electoral y la representatividad

Lo vivido en Ecuador los últimos años respecto a la injerencia de los partidos en la vida democrática impacta en la democracia y en la gobernabilidad, y su génesis o causante de la falta de democracia y/o de gobernabilidad la tenemos en un sistema de partidos políticos que no le dan sentido, razón suficiente, a la sociedad para considerarse representada.

Partamos de una primera premisa, la democracia es convivir en igualdad y libertad y, como tal, de acuerdo a la corriente contractualista, esa igualdad y libertad se manifiesta en un contrato social. Una segunda premisa, la justicia, según la concepción clásica dada por los romanos <<*suum cuique tribuere*>> "dar a cada quien lo que le corresponde", y que ha sido retomada, desarrollada y superada por otros autores como Rawls, siempre debe estar presente como eje transversal en el actuar político como vivencia de la democracia.

Los partidos políticos han incidido en esta falta de representatividad, y, para corroborarlo, basta echar un vistazo a nuestra realidad, tenemos una apatía por ejercer nuestros derechos constitucionales como ciudadano y ciudadana y a elegir a nuestros representantes, demostrándose en el alto índice de votos nulos y blancos en las elecciones 2009, así como un alto incremento de movimientos sociales que sólo se inscribieron para presentarse a elecciones, pero que luego del proceso eleccionario, ni siquiera figuran.

La fragmentación de los partidos políticos se encuentra entre las causas principales que dan lugar a que la sociedad no se sienta

representada por los políticos de turno, y como bien lo manifiesta Conaghan "las leyes electorales y de partidos promovieron la fragmentación partidaria y una falta de compromiso programático de los partidos". Esto se refleja, tanto ahora como ayer, al analizar la normativa aplicada para las elecciones 2009, en la cual encontramos vacíos que merecen ser reformados (a la presente fecha, ya se encuentra vigente el Código para la Democracia) para cambiar la estructura interna y de poder, y con ello mejorar la capacidad de respuesta de los partidos políticos, tanto al interior como al exterior.

Todo esto nos impulsa a tener presente que no necesariamente el poder que tienen los ciudadanos, manifestado en una mayoría cuando acude a las urnas a elegir, permite establecer y determinar la legitimidad de la representación política otorgada a una persona o partido político, esto se debe a una sencilla razón: el sufragio es un mero mecanismo, es una condición necesaria, mas no suficiente para instaurar un gobierno democrático. Cuando los procesos electorales se organizan y desarrollan con falencias estructurales, los ciudadanos, en mayoría, tienen mayores probabilidades de equivocarse. Esta problemática no sólo impacta a la ciudadanía como tal, sino que tiene como resultado la fragmentación en los estamentos internos de los partidos políticos, y esto se observa mucho más cuando tenemos movimientos que surgen sólo para un proceso eleccionario.

El poder que tenemos, ciudadanos y ciudadanas, para revocar el mandato a nuestros representantes, y que consta en la constitución, no lo ejercemos; una de las razones puede ser la desidia nuestra; pero también, si efectuamos un análisis un poco profundo al mandato, nos encontramos que el mismo no se viabiliza como debería ser, o como quisiéramos nosotros, con el fin de que nuestros representantes encuentran el sentido de la representación que les otorgamos en las urnas.

En un Diario del país aparece una publicación de un partido político que dice: "Convoco a los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianos, que *deseen* ser candidatos y candidatas a la DIPUTACIÓN por… en las 22 provincias del país"[27]. Esta es una clara muestra de la falta de ideologías

[27] Diario el Universo, jueves 27 de julio de 2007

en los partidos y movimientos políticos, es de suponer, en consecuencia, que tampoco se encuentran preparados para el reto que significa el ser elegidos en las urnas por la ciudadanía, para que ostenten la calidad de ser representantes y tomen decisiones que, al ser sobre la vida pública, impactan en cuestiones tan importantes como la macroeconomía del país y también en la microeconomía.

Los partidos políticos inciden en la gobernabilidad, porque son los generadores de la confianza de los ciudadanos y ciudadanas en la autoridad del Estado, por ser ellos la instancia intermedia que canaliza los intereses comunes de los ecuatorianos hacia el gobierno del Estado, que es el ejecutor de las políticas públicas. Pero, además, no sólo deben canalizarlos, sino que juntos deben construir las bases de las futuras manifestaciones políticas de los ecuatorianos. Debemos entender su significado para de ahí entrar al análisis de su incidencia en la gobernabilidad entendida como "el equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad de respuesta gubernamental"[28].

Hablar de los partidos políticos, es expresar una verdad que no puede ser soslayada, y es que los partidos políticos, tal como los conocemos, son de reciente creación: surgen a raíz del proceso de transición que se da en nuestro país a finales de los años 70 e inicios de los años 80. Se refuerza esto con el surgimiento de la Ley de Partidos Políticos, así como todo el andamiaje político de representación de los ciudadanos y ciudadanas frente al Estado.

Afirmar que la cultura política presente en los partidos políticos, tanto para los ciudadanos y ciudadanas, es una manifestación reciente, es una verdad que no podemos soslayar. "caminante no hay camino se hace camino al andar", frase que se la retoma ahora para hacernos caer en cuenta que, sin querer justificar, los partidos políticos están recién nacidos y son pequeños y débiles, y los movimientos políticos surgidos específicamente para un proceso electoral, mucho más . Pero aún así su incidencia no es solamente por la estructura y por lo que representa, sino

[28] Esta definición consta en el libro "Transición democrática y gobernabilidad" año 2000 cuyos compiladores son Julio Labastida Martín del Campo, Antonio Camou y Noemí Lujan Ponce

por los líderes que ejercen un liderazgo y porque que son, o mejor dicho deben ser, los generadores del pensamiento, tanto interno como externo, del partido político, y que se refleja en el compromiso del ejercicio de representación en la vida pública.

La característica principal de los partidos políticos ecuatorianos, desde su surgimiento, es que, en su mayoría, son partidos de índole personalista y, hasta en algunos casos, son populistas; con un bajo perfil ideológico y con dificultades para cohesionarse en el ámbito interno. Todo esto los convierte, de manera especial en momentos de procesos electorales, en clientelares.

El tener una cultura política en el Ecuador, en la cual el representado y el representante reconozcan sus responsabilidades y deberes logrará "carta de naturalización conceptos y nociones como gobernabilidad, eficiencia y eficacia del sistema político, capacidad de representación, participación y reforma política"[29]

¿Existe capacidad de respuesta de los partidos políticos a los problemas de la cotidianidad que vivimos los ecuatorianos? En el barómetro iberoamericano elaborado por CEDATOS para el año 2006 se refleja que los partidos políticos tienen un nivel de aceptación del 10%, esto repercute al momento en que la legitimidad del gobierno desaparece y empiezan a surgir voces que dicen "que se vayan todos".

Cómo se definen los partidos políticos y/o movimientos sociales es un tema que debe ser analizado desde el interior del mismo. En su surgimiento, impacto y aporte a la consecución del objetivo de representatividad de la sociedad. Sin embargo, al mismo tiempo, tenemos que efectuar un análisis en su contexto al exterior del mismo, por cuanto los partidos políticos y/o movimientos sociales son importantes para conformar un sistema político más institucionalizado, eficiente y responsable. Hay que recalcar que, la crisis en los partidos políticos como la que estamos viviendo ahora, representa en los actuales momentos oportunidades de reflexión para la acción, que no cabe evadir.

[29] PACHANO Simón ..coordinador -10- pag. 12

Sartori nos señala que partido[30] "es cualquier grupo político que se presenta en elecciones, y es capaz de colocar a través de elecciones, candidatos para cargos públicos".

Veamos lo vivido en Ecuador en los últimos tiempos, los partidos políticos no han logrado desarrollar coaliciones sólidas que les permitan obtener una verdadera representatividad, solo lo han hecho al momento de presentarse a elecciones, sumándose además el hecho cierto que el electorado ecuatoriano no ha demostrado una adhesión de forma continua con los partidos presentes en el escenario político: dándose lugar a escisiones entre facciones que mantienen intereses divergentes no alineados con el interés del bien común que le otorgó la sociedad para que la represente.

Esto ha dado lugar a un cambio significativo del electorado de una elección a otra, siendo esta volatilidad, salvo por unas pocas excepciones, la razón por la cual los partidos políticos ecuatorianos no han desarrollado vínculos estrechos con la sociedad civil. Ahora se está dando lugar a una manifestación muy impactante del electorado por doble vía: por un lado, tenemos la participación de la ciudadanía, y por el otro lado, existe una apatía del electorado que se demuestra en las últimas elecciones mediante el índice bastante representativo del voto nulo.

Demos una mirada atrás en nuestro proceso de retorno a la democracia, y veamos cómo fue la participación de los partidos políticos en ese período de transición, y encontraremos que cuando se dio paso a la transición, los partidos políticos fueron sometidos a numerosas pruebas electorales.

Durante todo este tiempo, la participación de los partidos políticos ha sido decisiva en el país para consolidar la democracia; pero debemos también, tener en claro que los partidos políticos que surgieron después de la dictadura fueron la herencia de un sistema de partidos surgidos en el siglo diecinueve entre dos ideologías en amplia competencia, en aquel tiempo, por ser dos caras de la misma moneda, esos dos partidos tradicionales fueron: el Partido Liberal Radical y el Partido Conservador; tomándose en cuenta, además, el surgimiento del populismo –que no

[30] SARTORI, Geovani . (1980)

debe ser considerado como tal, sino como popular- liderados en los años 30 y siguientes del siglo XX, con la participación del velasquismo y el CFP, para más tarde surgir los movimientos de extrema izquierda que dan Origen al MPD, PC y PSE.

La base para el surgimiento de tantos partidos políticos, como derivaciones de estos dos partidos tradicionales, fueron: el descontento con los partidos liberal y conservador que impulsó la formación de nuevos partidos; las luchas internas por el control del poder y quizás, el que más impacto causa, es el distanciamiento en la toma de decisiones críticas del Estado en cuanto a las políticas públicas y el encerrarse en su círculo concéntrico de la élite del partido que lo mantiene desconectado del electorado.

Uno de los temas importantes, en cuanto a la pérdida del sentido de la representación del ciudadano, es considerar que los partidos y las elecciones como tal –apatía electoral- son cada vez menos relevantes para la formulación de las políticas públicas, que son necesarias mantener cuando se forma parte del gobierno elegido por el pueblo. Siendo el impacto en la pérdida de la legitimidad, no sólo de los partidos como tal, sino de los dirigentes políticos, ante los ojos del electorado.

Pero ante la crisis que vivimos debemos considerar que el verdadero sentido de la presencia de los partidos políticos es ser los interlocutores por excelencia entre el gobierno del Estado y los ciudadanos, pues ellos son los responsables de ser el canal de expresión de los intereses de los gobernados frente a los gobernantes, ejerciendo la representación ante el gobierno y de agentes de rendición de cuenta ante los ciudadanos.

Un eje que no debemos olvidar es que, al ser los partidos políticos los interlocutores ante el gobierno, son el reflejo de las aspiraciones de una sociedad que los eligió de acuerdo y a su identificación con un conjunto de ofertas de campaña proselitista, pero al mismo tiempo, cuando forman parte del gobierno, promueven una estructura social, económica y cultural de un país, a través de las políticas públicas claramente determinadas en un diseño de país que aprueban.

Para las elecciones del año 2006, Pablo Lucio Paredes[31] en la página editorial redacta una carta a los candidatos, en ella nos dice: "una sólida

[31] Diario El Universo, viernes 28 de julio de 2006

ideología es básica para tener un rumbo, para saber por qué y cómo, entre varias alternativas, escoger una ruta. ... La ideología marca el sendero; el pragmatismo, los ajustes en la ruta." En las elecciones 2009, lo que menos acaeció fue la participación de movimientos políticos y sociales con ideologías bien estructuradas y definidas.

2.8. El método para la asignación de escaños

En lo referente a la asignación de escaños la mayoría de nuestras democracias siguen un esquema de asignación por circunscripciones electorales por provincias en proporción a la población respectiva.

Constituyéndose en el eje de la problemática el escoger un método de reparto de escaños que permitan conseguir una verdadera proporción. Por tanto, se vuelve imperioso el usar el método de acuerdo con sus virtudes y sus problemas, ya que ninguno es matemáticamente perfecto y su aplicación depende en gran medida de una decisión política. Entre los más usados e importantes están los métodos de Alexander Hamilton, Thomas Jefferson, Daniel Webster y el Hill-Huntington.

a) MÉTODO DE HAMILTON

b)

Este método lleva el nombre de Alexander Hamilton, que fue el primer secretario del tesoro y ayudante de George Washington. Para conseguir que cada estado reciba un número de representantes lo más cercano posible a su cuota. Bajo este método se asigna a cada circunscripción territorial, en una primera aproximación, la parte entera de su cuota, posteriormente, los escaños aún no repartidos se reparten de manera descendente de mayor a menor a los que tienen parte decimal más grande.

c) MÉTODO DE JEFFERSON

Thomas Jefferson, que era secretario de Estado con Washington, propuso entonces un método que consistía en elegir un divisor d que fuera aproximadamente el tamaño de un distrito congresional medio y luego dividir la población de cada estado por d. El número de representantes era entonces la parte entera de este cociente, eliminando simplemente la parte decimal.

En nuestras democracias occidentales el método de Jefferson se llama *método de los divisores naturales* o también *regla D'Hondt*, cuyo nombre viene del matemático belga Victor D'Hondt. En Ecuador se utilizó la regla D'Hondt en anteriores elecciones y se la volvió a ubicar en el actual Código de la Democracia. La regla D'Hondt es un método que tiene un *sesgo* hacia los partidos mayoritarios y favorece las coaliciones y por tanto evita la atomización en muchos partidos.

Se han utilizado otros métodos del divisor, que se pueden definir por sus diferentes funciones de clasificación. Además del de Jefferson cabe destacar los métodos de Webster, de Hill-Huntington, de Dean y de Adams.

d) MÉTODO DE WEBSTER.-

El método de Webster, que lleva el nombre del hombre de estado y orador Daniel Webster (1782-1852), también se llama de los divisores impares o de Sainte-Laguë en los países escandinavos, fue el utilizado para el proceso eleccionario 2009 en Ecuador.

Una variante de estos métodos es la modificación del método de Sainte-Laguë que se usa en Suecia desde 1952. Se van tomando los divisores sucesivos 1,3,5,7, etc. Aumentando así el primer divisor, se persigue dificultar la obtención de escaños por parte de los pequeños partidos, mientras que luego, elevando la distancia entre los miembros de la serie se reduce la ventaja de los partidos más grandes. Se puede medir matemáticamente la *injusticia* en el reparto.

De entre todos los métodos del divisor posibles, el método de Webster minimiza la injusticia, esto es, que si se transfirieran escaños de un partido a otro de una manera distinta a como lo hace Webster, aumentaría la injusticia.

Desde el retorno al régimen democrático, con la promulgación de la Ley de Elecciones de 1978, para la asignación de escaños han operado distintas fórmulas proporcionales, se incorporó el principio del más

votado[32], se declaró la inconstitucionalidad del método D´Hont en el año 2004[33], pero los distritos electorales no se han modificado.

Para Nohlen "si los escaños se reparten según el principio proporcional, se requiere utilizar uno de los métodos de cómputo existentes; la mayoría pertenece a dos tipos básicos: al procedimiento del divisor (también denominado procedimiento de cifra mayor) y al procedimiento del cociente electoral. Los procedimientos del divisor se caracterizan por la división de los votos obtenidos por los diferentes partidos entre series divisores, lo cual produce secuencias de cocientes decrecientes para cada partido. Los escaños se asignan a los mayores cocientes (cifras mayores). El procedimiento del cociente electoral (también denominado de cuota) se caracteriza por la determinación de un cociente electoral o cantidad mínima de votos para obtener un escaño. Los partidos obtienen tantos escaños como veces quepa el cociente electoral."[34]

Fórmula electoral, es "el mecanismo que se aplica para la distribución de los escaños y puestos electivos con base en los resultados de la votación"[35]

Con Nohlen podemos señalar que la mayoría de los métodos pertenecen a dos tipos básicos: el procedimiento del divisor (denominado procedimiento de cifra mayor) y el procedimiento del cociente electoral. Además señala que los métodos del divisor se caracterizan por la división de los votos obtenidos por las organizaciones políticas en contienda entre series de divisores, lo que produce secuencias de

---

[32] En las elecciones plurinominales para elegir asambleístas en 1997 y diputados en 1998, se aplicó este principio que consiste en que el elector puede votar por una lista o entre listas, tantas veces, cuantos escaños se asignen, sumados los votos, éstos se ordenan en orden descendente hasta alcanzar el número de puestos que correspondan y se asignan los escaños por mayoría relativa.

[33] Expedida mediante resolución No. 025-2003-TC, publicada en el Registro Oficial No. 282, del 1 de marzo del 2004

[34] Dieter Nohlen, Sistemas Electorales y Partidos Políticos 1995.- México, Ed. Universidad Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica p. 67 – 69

[35] D.W. Rae: The Political Consequences of Electoral Laws, Londes, 1971, en José Luis Ruiz – Navarro Pinar. Diccionario Electoral, Op. Cit. 338

cocientes decrecientes para cada partido; los escaños se asignan a los mayores cocientes también denominados cifras repartidoras.

El más conocido es el D´Hondt propuesto por el profesor de matemáticas, belga, Víctor D´Hondt, que tiene la serie de divisores 1, 2, 3, 4, 5, etcétera. Los votos obtenidos por cada organización política se dividen por estos divisores en operaciones consecutivas.

También es posible aplicar otra serie de divisores continuos como 1; 3; 5; 7; 9; etc.; o 1,4; 3; 5; 7; 9, etcétera; denominado método equilibrado. En estos casos las diferencias son mínimas, generalmente es solo un escaño el que está en juego, el que puede beneficiar al partido más pequeño o al segundo más fuerte.

Los procedimientos del cociente electoral, también denominado de cuota, se caracterizan por la determinación de un cociente electoral o cantidad mínima de votos para obtener un escaño. Los partidos obtienen tantos escaños como veces quepa el cociente electoral dentro del número de votos por ellos recibidos. El cociente se obtiene mediante división, donde el dividendo es siempre igual al total de votos válidos emitidos, mientras que el divisor cambia según la fórmula aplicada. Si es idéntico al número de escaños en disputa, se trata del procedimiento de cociente electoral simple o natural o método de Hare (impulsado por Tomás Hare); si el divisor se compone de los escaños disputados más uno, o más dos, hablamos de la fórmula Hagenbach-Bischof, establecida por el matemático suizo del mismo nombre. Este sistema de adjudicación de escaños en su versión simple o natural es el más utilizado en América Latina. Se aplica en Colombia, Honduras, Panamá, Bolivia, Costa Rica, Nicaragua.

Por otra parte, los escaños restantes pueden asignarse aplicando uno de los siguientes métodos: Método del resto mayor; Método del resto menor; Método del reparto de resto (series de divisores similar al D´Hont); Método del medio mayor como es el caso de Brasil.

Finalmente, el matemático Niemeyer trajo al debate el sistema de proporciones matemáticas, bastante parecido en sus efectos al procedimiento del inglés Thomas Hare y consiste en que los votos válidos de cada partido se multiplican por el número de escaños por

asignar y el resultado se divide por el número total de votos válidos. Los partidos obtienen tantos puestos como números enteros resulten; los escaños restantes se distribuyen según el valor de número decimal posterior. Este sistema favorece más a los partidos pequeños que el método D´Hondt.[36]

2.9. La Constitución y el régimen de transición como normativa en el proceso electoral del año 2009

Para Pitkin, una constitución puede tener éxito en establecer estructuras durables y estables de legitimación democrática sólo si se construye sobre la base de un "*ethos* fundamental" que refleje el carácter nacional de un pueblo[37]. Este *ethos* se apoya en ideologías y valores compartidos no sólo en lo étnico.

En la CR y el Régimen de Transición aprobados por el pueblo ecuatoriano, instrumentos que fueron publicados en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, se estableció una Disposición Derogatoria que dejó sin efecto de forma expresa la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número uno del once de agosto de 1998, y con ella toda la normativa que surgió al amparo de dicha constitución, siendo válidas, y por tanto debiendo ser aplicadas, únicamente aquella normativa que no se oponga a la actual CR. De conformidad con el artículo 1 de la actual CR, se ha establecido el tránsito del Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, este nuevo modelo de Estado presenta los siguientes rasgos:

1) El reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución,

2) La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y,

3) El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

---

[36] Dieter Nolhel, Sistemas Electorales 1995.- México, Ed. Universidad Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica p. 67-73

[37] PITKIN, Hanna , The Idea of Constitution.(1987).- 37 journal of legal education.- 167, pag. 167-68

Debe quedar claro que la CR es la norma jurídica suprema, es decir, la norma que confiere validez a las demás normas del sistema jurídico, ya que, según el artículo 424 de la CRE, está por encima del resto de la normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades; el artículo 426 se refiere a la aplicación directa de las normas constitucionales y al ejercicio y aplicación directa de los derechos fundamentales, sin necesidad de normas secundarias para su desarrollo; y el artículo 427 establece los principios de interpretación de las normas constitucionales, como son los de literalidad e integralidad, y, en caso de duda, el de favorabilidad de los derechos fundamentales (pro homine), dando lugar a un nuevo sistema hermenéutico constitucional, en el cual se deben resolver los problemas jurídicos planteados tanto a nivel de la Corte Constitucional como de los órganos electorales –Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral- dentro de un régimen de transición aplicado a las elecciones del año 2009.

Con el proceso de elecciones establecido dentro del Régimen de Transición, se conformarán las funciones Legislativa y Ejecutiva, al amparo de lo estipulado en la CR.

2.10. La participación política de la ciudadanía en lo electoral

Cuando nos referimos a la ciudadanía y su participación, al amparo del goce y ejercicio de sus derecho políticos en el proceso electoral, hablamos no sólo de participación sino de la representación, y ambos términos –participación y representación- constituyen uno de los puntos más debatidos en la teoría política.

Ahora bien, existen defensores de una u otra posición, subrayando de manera principal lo importante que es la inclusión de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones y, para confirmarlo en el presente proceso electoral, se incluyeron grupos vulnerables como los jóvenes entre 16 a 18 años, los presos sin sentencia, los extranjeros radicados en Ecuador, y los nacionales ecuatorianos que viven en el exterior (migrantes).

Es importante el hecho de que los ciudadanos ejercen su participación política cuando eligen de acuerdo con sus preferencias y afinidades ideológicas, políticas, creencias, valores. Participan de manera

directa y activa en la toma de decisiones cuando ejercen su derecho al sufragio.

El término participación, como tal, es un término demasiado amplio, si lo desglosamos tenemos que participar, en principio, significa "tomar parte" pero también significa "compartir" algo con alguien; y al mismo tiempo compartir en el ámbito electoral es compartir una decisión de manera común con otros, cuando la suma de decisiones genera que uno de los candidatos sea elegido para una dignidad en particular.

¿Existe en un sufragio alguien que no participe completamente en un proceso electoral? Podemos decir que no, porque en democracia aun aquel que no se expresa mediante el ejercicio de su derecho al sufragio – votando por alguien o algunos en especial- está participando y la razón es sencilla, confía en que los que votan toman una decisión por él.

Por tanto, la participación, aquella que es el reflejo del acto de manifestación de la voluntad individual, pero que se traduce a favor de una acción colectiva como es el acto de votar, yace en un proceso previo de selección de alternativas ofrecidas por los candidatos a dicha digni-dad.

Siendo, al mismo tiempo, el esfuerzo de los colectivos, los partidos o movimientos políticos que suman esas decisiones individuales de participar, con una decisión paralela de la participación en una acción colectiva. Convirtiéndola en un acto social, colectivo producto de una decisión personal.

Desde el ámbito electoral, se confluye la participación política con la representación al convertir votos en escaños cuando se toma la decisión no sólo de participar sino de elegir su representante, en una demostración de representación.

El elegido como representante en el proceso electoral no siempre cumple su papel de mediador entre el gobierno y las necesidades de la colectividad, por tanto hace de la representación un término insuficiente para darle vida a la democracia. Sin embargo, debemos recordar que la verdadera representación no puede existir dentro de un sistema democrático sin los votos del pueblo que se convierten en el mecanismo más elemental e idóneo de la participación ciudadana.

No cabe hablar de representación democrática sin participación de los electores, así como no podemos hablar de que existe participación colectiva sin que exista aún ese pequeño germen de lo representativo.

2.11. La inclusión de nuevos actores y su participación política en lo electoral

La teoría de la democracia deliberativa tiene como objeto la implementación de un sistema de toma de decisiones en el que prime el debate y el intercambio de ideas, mediante el cual se garantice la participación de toda la ciudadanía en la elaboración de las políticas públicas. En este sentido, el voto, como una especie de participación en el debate político, sería no sólo un derecho, sino más bien un deber moral, cuya consagración como deber jurídico consta en el texto constitucional, en el numeral primero del artículo 62 que señala lo siguiente:

"Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, de conformidad con las siguientes disposiciones:

1. El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años. Ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada."

Puede observarse en dicho numeral que las personas privadas de libertad pero sin sentencia condenatoria ejecutoriada, también tiene su derecho al voto, reconocido expresamente. Recordemos que, en un Estado democrático los derechos individuales, como la presunción de inocencia, deben ser respetados; sólo se puede imponer castigos limitando los derechos a quienes han sido condenados mediante sentencia judicial ejecutoriada.

Ahora bien, se sostiene que la democracia es lo más parecido al discurso moral, esto es, el diálogo entre personas que adoptan el punto de vista moral, cuyo objetivo es el contemplar los diferentes intereses en conflicto con imparcialidad: saber situarse en el lugar del otro.

El punto de vista moral está dirigido a obtener un consenso en acciones o actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los

individuos, de principios que comparten sobre la base de razones morales, con la finalidad de guiar su comportamiento y sus actitudes frente a las acciones de terceros. Así, las normas democráticas proveen razones para creer que son justas, y es por ello que justifican la acción o decisión, proporcionan razones para actuar, ya que estas, las normas democráticas, tienden hacia la imparcialidad.

Aún cuando una decisión mayoritaria sea incorrecta tenemos una razón moral sustantiva para observarla. Se valora a la democracia por la adopción de decisiones imparciales en el ámbito público. No obstante, aquellas decisiones personales que se toman en la esfera privada, y que no inciden en el exterior, no deben ser sujetas a control por parte de terceros, porque van orientadas hacia uno mismo y no sobre intereses de otra gente.

En consecuencia, el voto obligatorio viene a ser, no siendo tan restrictivos y debiendo ser optimistas, una medida que procura la imparcialidad, ya que, para cuestiones concernientes al ámbito público, las preferencias e intereses de la mayoría serían tomadas en cuenta. La obligatoriedad del voto es una imposición que coarta la libertad en la elección del plan de vida, pues, sin ser fantasiosos, muchas personas preferirían, y de hecho prefieren, no interferir en absoluto en los asuntos de la política, siendo indiferentes a aquello que sucede en su comunidad. Este individualismo sesgado, producto de una cultura liberal, no es un problema para el cual no se encuentren argumentos plausibles que puedan justificar la adopción de una medida paternalista como la obligatoriedad del voto; en la actualidad existe una débil oposición a la imposición estatal de medidas como la de utilizar el cinturón de seguridad mientras se está transitando en un automóvil o a la prohibición de consumir estupefacientes.

De acuerdo con la descripción de la teoría deliberativa, la imposición del voto obligatorio, como una especie de, hasta cierto punto, participación en la formulación de políticas públicas (decisiones mayoritarias), cambia la calificación de perfeccionista a una medida como la que se trata de justificar. Se deja en claro que en una democracia liberal se prohíbe todo tipo de perfeccionismo: ningún tercero, incluyendo al Estado o algún ente colectivo (iglesia), está justificado para imponer -suponiendo superioridad moral o excelencia de su ideología- planes de vida a las

personas. Las restricciones a la libertad, que impone el deber jurídico del voto -concurrir cada tanto a las urnas- pesan menos que el valor moral otorgado por la imparcialidad (que los intereses de todos cuenten) en las decisiones mayoritarias; en este orden de ideas, el paternalismo, entendido como la imposición de una conducta (el voto) para permitir a las personas realizar su propio plan de vida (al ser gobernados por leyes presuntamente justas), queda, a nuestro criterio, perfectamente justificado.

Además del voto obligatorio, de la novedad del voto de los presos sin sentencia, la CR consagra el voto facultativo para los adolescentes entre 16 y 18 años, para los migrantes ecuatorianos residentes en el exterior, para las personas de tercera edad, y, lo más curioso, el derecho al voto para los integrantes de las fuerza pública.

"Art. 62.- "Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, de conformidad con las siguientes disposiciones:

2. El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años, las ecuatorianas y ecuatorianos que habitan en el exterior, los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y las personas con discapacidad."

2.12. La justicia electoral y los derechos políticos electorales de la ciudadanía

La justicia es la suprema virtud política-moral, el criterio máximo para determinar lo justo en las estructuras institucionales dentro de un orden jurídico-estatal. John Rawls en su obra de 1971 *Teoría de la Justicia*[38] expone con convicción "rawlsiana" que las instituciones básicas de una sociedad no deben distinguirse simplemente por ser ordenadas y eficientes, sino, sobre todo, por ser justas. Amplía su criterio al expresar en Liberalismo Político[39] que la legitimidad de una ley o institución se

[38] Rawls John, Teoría de la Justicia.- 1971

[39] Rawls John, Liberalismo Politico .-

decide en términos de si ella protege o asegura la aplicación de los principios básicos de justicia en las esferas de decisión tanto constitucional como de justicia básica.

Al amparo de la CR, y de su Régimen de Transición, se crean dos instituciones en el ámbito electoral con funciones claramente definidas, el Consejo Nacional Electoral, cuyo énfasis recae en lo jurídico-administrativo electoral y el Tribunal Contencioso Electoral cuyo énfasis se pone en la justicia electoral.

En este acápite se analizará la justicia electoral y los derechos políticos electorales de la ciudadanía en su Derecho al Sufragio.

La justicia en materia electoral, como garantía de los derechos políticos, se concibe con el fin de tutelar los derechos de los movimientos y/o partidos políticos, y los derechos de los candidatos/as propuestos por ellos para cargos de elección popular, junto con los derechos de los ciudadanos al sufragio.

Esta protección de los derechos político-electorales del ciudadano tiene limitaciones, como por ejemplo: la representación jurídica de quienes se consideran perjudicados con la interpretación de la normativa y la restrictiva relación de derechos político-electorales prevista en el ordenamiento aplicado en el proceso de elecciones 2009, por cuanto al producirse una reclamación por quien se vea afectado en uno de sus derechos constitucionales de participación, debido a un acto con sustancia electoral, de acuerdo al nuevo diseño institucional, sería el Tribunal Contencioso Electoral el competente para administrar la justicia electoral.

2.13. El control de constitucionalidad en materia electoral

El control de constitucionalidad implica la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político, sea legislativo o ejecutivo (ahora incluso las sentencias judiciales vía acción extraordinaria de protección) con normas de jerarquía superior, con la finalidad de hacer prevalecer la constitución sobre aquellas otras normas.

El control de constitucionalidad de las leyes tiene como antecedente histórico el fallo de la jurisprudencia estadounidense en el caso Marbury versus Madison, donde el juez Marshall expresa lo siguiente:

"Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia."[40]

EL control de constitucionalidad puede ser difuso y concreto, o centralizado y abstracto. En el primer modelo, cualquier juez puede realizar el control, dejando de aplicar una norma que considere contraria a la constitución. El otro modelo, en cambio, lo ejerce un órgano con competencias exclusivas para el efecto.

Mucho se ha escrito acerca de estos dos modelos, a continuación se señalan datos sobresalientes de los mismos[41]: El control difuso de constitucionalidad aparece como un instrumento muy poderoso en manos de los jueces. La falta de certeza del control difuso puede apreciarse claramente en la crítica de Nino a la "lógica de Marshall", debido a que mediante el control judicial, donde no existe disposición legal que dé fuerza obligatoria a los precedentes, las leyes invalidadas no dejan de ser parte del ordenamiento jurídico, ya que el juez decide únicamente para el

[40] Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos MARBURY v. MADISON – Año 1803.

[41] Nino, Carlos, "Fundamentos de Derecho Constitucional".

caso concreto, y esto puede generar discrepancias por la diversidad de criterios de los jueces de distintas jurisdicciones en las que la norma jurídica es aplicable.

El control abstracto o concentrado, por su parte, tiene efecto erga omnes (general), es decir que la norma invalidada es expulsada del ordenamiento jurídico. Este modelo de control de constitucionalidad, al estilo europeo, tiene como ventaja principal garantizar la certeza o seguridad jurídica.

Concentrar el control en un tribunal especializado permite la adecuación al principio republicano de separación de poderes: son los legisladores los que crean las normas, los jueces sólo deben aplicarlas. Asimismo puede sostenerse que la implementación de un control concentrado supera la falta de legitimidad democrática de la función judicial, ya que en la nominación de los magistrados, tanto del Tribunal Contencioso Electoral como ya se señaló anteriormente, y de la Corte Constitucional, participan las funciones del Estado, en especial la de Transparencia y Control Social, por medio del Consejo de Participación Ciudadana.

El tribunal especializado, al tener como única función el control de constitucionalidad –grados de pureza[42]-, cuando se le presente una demanda no tendrá otra alternativa que decidir sobre la constitucionalidad de la ley, el grado de deferencia al legislador será menor que el de los jueces, quienes pueden adoptar las "virtudes pasivas", pudiendo resolver casos evadiendo la cuestión constitucional. Es por ello que, al acaparar mayor publicidad por parte de la opinión pública, el tribunal tendrá mayores incentivos para realizar un control riguroso. Por todo lo que el control constitucional implica, y ante el desbordamiento actual de la justicia ordinaria, la creación de un Tribunal, o Corte, que centre todos sus recursos en ejercer dicho control, es necesaria.

El control abstracto disminuye el riesgo de violación a los derechos fundamentales, más aún si se da a priori (antes de la entrada en vigencia

[42] Ferreres, Victor, "Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley de un tribunal"

de la norma jurídica), también se amplía la legitimación activa, pudiendo demandar la inconstitucionalidad de una ley no sólo los afectados en un caso concreto, sino también potenciales afectados.

En el Ecuador, la actual constitución ha implementado una jurisdicción constitucional dual. El TCE ejerce dicho control por vía incidental, esto es, si el juez -que en principio debe ser el juez del Tribunal Contencioso Electoral- conoce un caso gobernado por una norma contraria a la constitución, entonces debe aplicar directamente la constitución y no la norma disputada, o, en su caso, puede suspender el trámite de la causa y elevar en consulta el expediente ante la Corte Constitucional para que ésta decida sobre la inconstitucionalidad de dicha norma.

No obstante, debemos tener en cuenta que la actuación del Tribunal Contencioso Electoral, respecto de la justicia constitucional se ve acotada al conocimiento de acciones de protección, por tanto su control será respecto del caso concreto, y no ejercerá un control abstracto de constitucionalidad, ya que dicha atribución fue establecida –exclusivamente- a la Corte Constitucional.

La CR, en aras de la materialización de los derechos fundamentales, ha establecido nuevas garantías constitucionales, que se señalan a continuación:

1. La Acción de Protección (Art. 88)
2. La Acción Extraordinario de Protección contra Sentencias Judiciales (Art. 94)
3. La acción de Hábeas Corpus (Art. 89)
4. La Acción de Acceso a la Información Pública (Art. 91)
5. La acción de Habeas Data (Art. 92)

El surgimiento de medios específicos para el control de constitucionalidad en lo relativo a lo electoral es reciente, ya que ahora contamos con un tribunal especializado. Si hablamos de actos o resoluciones electorales que violen disposiciones constitucionales o legales, éstos deberán ser encauzados por los agraviados al Tribunal Contencioso Electoral mediante las vías de la impugnación previstas para tal efecto.

Por tal motivo, el Tribunal Contencioso Electoral puede ejercer dicho control, pero nunca como órgano que tiene la última palabra al respecto, porque sus resoluciones, incluso, pueden ser revisadas por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, normativamente, está por encima de todo, ni siquiera forma parte de una función del Estado, es un extrapoder. Con lo establecido en la Constitución del año 1998, asimismo, el Tribunal Constitucional debió ejercer control de constitucionalidad sobre el Tribunal Supremo Electoral, función que ahora ejerce el Tribunal Contencioso Electoral, por qué el Tribunal Constitucional no ejerció dicho control cuando normativamente debió hacerlo es una pregunta que tiene que ver con la altos parámetros de anomia social, de un incumplimiento generalizado de las disposiciones jurídicas, especialmente de las constitucionales, no en vano vamos por el vigésimo intento de limitar el poder político mediante una norma jurídica suprema.

2.14. La Función Electoral

Un actor importante en el sistema democrático deliberativo es el ciudadano, su influencia en el proceso participación, en la deliberación, dependerá, como lo afirman OVEJERO, MARTÍ y GARGARELLA de la articulación de los "diseños institucionales que sometan las preferencias de todos a un proceso de clarificación radicalmente democrático, esto es, a un proceso de discusión inclusivo e intenso"[43].

Uno de los diseños institucionales que ha sido estructurado con el fin de que la participación sea más diáfana en el ejercicio de los derechos al sufragio de los ciudadanos ecuatorianos, es la creación de una nueva función (poder) del Estado, la Función Electoral.

Una parte esencial de este diseño institucional lo constituye la conformación de dos ámbitos distintos de competencia para la Función Electoral: el administrativo-legislativo, a través del Consejo Nacional

[43] OVEJERO, F., MARTÍ, J., GARGARELLA, R., "Introducción", en OVEJERO, F., MARTÍ, J., GARGARELLA, R. (comp.), *Nuevas ideas republicanas; autogobierno y libertad,* Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 2003

Electoral, y el jurisdiccional o de justicia electoral, a través del Tribunal Contencioso Electoral, sobre los cuales se basa el análisis jurídico del presente estudio de investigación.

La Función Electoral, uno de las cinco funciones (poderes) del Estado, diseñada para evitar la concentración del poder en un sólo órgano, está limitada, primero, a transparentar la representatividad, es decir a mantener el vínculo entre los políticos y el electorado; políticos que ganan una elección para las diferentes dignidades, como: presidente, asambleístas, parlamentarios andinos, prefectos, alcaldes, concejales, vocales de juntas parroquiales, etc. Segundo, tiene el deber de garantizar el ejercicio de nuestros derechos políticos, a través de la democracia directa, esto es, la implementación de mecanismos de: consulta popular, referéndum, revocatoria del mandato[44].

Así, el control del gasto electoral y propaganda electoral, inscripción de partidos y movimientos políticos, la organización y dirección del proceso selección de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social[45], son atribuciones conexas conferidas a la Función Electoral.

2.14.1. Estructura de la Función Electoral[46]

La Función Electoral está compuesta por dos órganos, integrados por cinco miembros principales cada uno. El período de duración de sus miembros es de seis años, con renovaciones parciales cada tres años, dos en la primera y tres en la segunda y así sucesivamente. Además se prevé la presencia de cinco miembros suplentes, cuya renovación será de la misma manera que corresponde a los principales[47].

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, previamente conformado por miembros elegidos mediante procedi-

[44] Constitución de la República del Ecuador, artículos del 104 al 107.

[45] Constitución de la República del Ecuador, artículos 207 tercer inciso.

[46] Moreno Yánez, Marcos, "La Función Electoral en la nueva Constitución de la República del Ecuador", "Estudios de Justicia Electoral", Quito, 2009.

[47] Constitución de la República del Ecuador, artículos 218 y 220.

miento dirigido por el Consejo Nacional Electoral, es, a su vez, el encargado de designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral, previa organización de comisiones ciudadanas de selección llamadas a realizar el concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho de impugnación; se considerará, para ser miembro, la mejor puntuación, debiendo respetarse la equidad, paridad de género e igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas.

Tener la ciudadanía ecuatoriana y estar en goce de los derechos políticos, constituyen los requisitos mínimos para ser miembro del Consejo Nacional Electoral[48]. No obstante, hay quienes critican la disposición constitucional, sostienen que los titulares de dicho organismo no se legitiman por el voto popular, por ende, se sugiere que lo procedente hubiese sido que entre los requisitos se exijan además conocimientos en áreas como la Ciencia Política, el Derecho (Constitucional, Electoral y Administrativo) e, inclusive, conocimientos en el área contable o de la auditoría (control del gasto electoral).

El título de tercer nivel en derecho, legalmente reconocido en el país y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, judicatura o docencia universitaria en ciencias jurídicas por un tiempo mínimo de diez años, se suman a los dos anteriores, para constituir los requisitos mínimos de los postulantes a integrar el Tribunal Contencioso Electoral[49].

Los requisitos exigibles constitucionalmente son mínimos, la rigurosidad en el proceso de selección por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es necesaria, donde deberían prevalecer los principios de: probidad, idoneidad y pericia.

La Asamblea Nacional, órgano representante de la voluntad popular, puesto que los asambleístas son elegidos mediante voto popular mayoritario, tiene la atribución, a través del juicio político, de destituir a quienes integran la Función Electoral, luego de proceder a la censura. La destitución procede una vez que se han obtenido, por lo menos, las dos

[48] Constitución de la República del Ecuador, artículo 218.

[49] Constitución de la República del Ecuador, artículo 220 inciso tercero.

terceras partes de quienes integran la Asamblea Nacional, es decir se requiere una mayoría calificada.

El incumplimiento de las funciones establecidas en la CR y la ley son las causas por las que procede la destitución de los miembros de la Función Electoral. El hecho de que los integrantes de la Función Electoral no sean elegidos por el órgano legislativo es un cambio muy importante previsto en la norma constitucional[50].

El Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con la CR, es el representante de la Función Electoral que cuenta con personalidad jurídica[51].

2.14.2. El Consejo Nacional Electoral

Las principales atribuciones constitucionales que se le confieren al Consejo Nacional Electoral consisten en: organizar, dirigir, vigilar y garantizar de manera transparente los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados y posesionar a los ganadores de las elecciones[52].

En un proceso electoral es indispensable que quien gane una elección tenga, en cuanto al origen, la legitimidad que se requiere en un sistema electoral. En ese sentido, el organismo electoral es la función responsable de que así suceda. Lo mismo se sostiene en cuanto a los procesos electorales de las consultas populares, revocatoria del mandato y referéndum.

Los organismos electorales "desconcentrados", previstos en la CR, deben ser integrados por miembros designados por el Consejo Nacional Electoral. En el caso de las elecciones generales, materia de nuestro estudio, se crearon las Juntas Provinciales Electorales, integrados por 5 vocales principales y 5 suplentes, así como las Direcciones Provinciales,

[50] Constitución de la República del Ecuador, artículos 131 y 222.

[51] Constitución de la República del Ecuador, artículos 217 inciso segundo y 218 inciso tercero.

[52] Constitución de la República, artículo 219 numeral 1.

integradas por un Director y por Coordinadores de Procesos y Capacitación.

La figura de "órganos desconcentrados" trata de institutos que se encuentran dentro de la misma institución o estructura jerárquica, y a los que se les ha conferido parte de las atribuciones o competencias del superior jerárquico, reservándose este último la facultad de revisar lo actuado por el inferior.

Los organismos desconcentrados están facultados para realizar el control de la propaganda y gasto electoral y emitir resoluciones sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas.

Toda resolución que provenga tanto de los órganos desconcentrados como del propio Consejo Nacional Electoral que sea inherente al control del gasto y propaganda electoral, es de carácter administrativo electoral, por tanto, a donde se puede apelar este tipo de resoluciones será ante el tribunal Contencioso Electoral.

El Consejo Nacional Electoral tiene la facultad de "ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas"[53].

Es obligación del Estado, en cuanto a campañas electorales se refiere, financiar equitativamente la difusión de propuestas programáticas, promoción de candidatos y organizaciones políticas, a través de los medios de comunicación.

En cuanto al fondo para las organizaciones políticas, el Estado está obligado a entregar aportes a los partidos y movimientos políticos, estos últimos de carácter nacional, siempre que se cumplan las exigencias contempladas en el inciso 2 del artículo 110 de la CR. Los aportes conforme al numeral 10 del Art. 219 de la Constitución deben ser materia de control por parte del Consejo Nacional Electoral.

[53] Constitución de la República, artículo 219 numeral 3 y 10.

El Consejo Nacional Electoral tiene, además, las competencias respecto al destino de los recursos de las organizaciones políticas, sobre el tema de los controles y los mecanismos administrativos.

Otro de los asuntos que es de competencia del Consejo Nacional Electoral concierne a la actividad interna de los sujetos políticos y el registro de las directivas[54]. Tiene como objetivo determinar los grados de democracia interna, mecanismos de selección de sus directivos y candidatos de elección popular, respetando el principio de igualdad de oportunidades de sus militantes.

"La democratización de las organizaciones políticas, rompe esa tradición elitista y vertical que ha sido la constante en el Ecuador; sin embargo, debemos señalar algunos efectos negativos como son: fragmentaciones y enfrentamientos electorales al interior de las organizaciones políticas, la inexistencia de padrones de afiliados actualizados, el financiamiento, la disposición de las élites para avanzar en esta línea de cambio, el papel de los órganos electorales."

Se consagra, asimismo, en el numeral 4 de artículo 219 de la CR que el Consejo Nacional Electoral está llamado a "garantizar la transparencia y legalidad… y las demás que señale la ley". Aborda este numeral, casos consagrados en la propia CR para citar: el proceso de selección de las consejeras y consejeros que deben integrar el Consejo de Participación y Control social le corresponde al Consejo Nacional Electoral[55].

La iniciativa legislativa sobre la actividad atinente a las actuaciones propias de su función, corresponde, también, al Consejo Nacional Electoral, con las sugerencias del Tribunal Contencioso Electoral[56]. El Consejo Nacional Electoral tiene, a su vez, la potestad reglamentaria en todo lo relacionado a elecciones, partidos y movimientos políticos, gasto y propaganda electoral[57].

---

[54] Constitución de la República, artículo 219 numeral 4, 8 y 9.

[55] Constitución de la República, artículo 207 tercer inciso.

[56] Constitución de la República, artículo 219 numeral 5.

[57] Constitución de la República, artículo 219 numeral 6

La atribución conferida al Consejo Nacional Electoral para que conozca y resuelva las impugnaciones y reclamos que provengan de los órganos desconcentrados es incompleta, ya que estas son decisiones, tales como: inscripción o negativa de candidaturas, proclamación de resultados electorales, adjudicación de puestos, ámbitos parecidos en consultas, referéndum, revocatoria del mandato, pueden ser recurridas vía acción de protección constitucional ante el Tribunal Contencioso Electoral.

La elaboración y organización del registro electoral es otra de las actividades netamente administrativa de competencia del Consejo Nacional Electoral. El CNE debe coordinar con el Registro Civil, así como también con el Ministerio de Relaciones Exteriores, debiendo recordar que en el padrón electoral constan ciudadanos que tienen el deber y el derecho de elegir y ser elegidos. Así como el voto facultativo para los mayores de 16 años y menores de 18 años, militares y policías en servicio activo, personas iletradas, extranjeros que viven en el Ecuador y discapacitados, quienes además tienen el derecho a ser elegidos.

Finalmente, el numeral 13 del Art. 219 de la CRE, faculta al Consejo Nacional Electoral la organización y funcionamiento del instituto de investigación, Capacitación y Promoción Político Electoral. Este órgano es dependiente del CNE, y tendrá la obligación de investigar el comportamiento de los grupos sociales, de sus estructuras, de la vida y organización de los partidos y movimientos políticos. Debe fomentar la realización de seminarios y cursos políticos, promocionar la actuación de los partidos y movimientos políticos. Es decir, toda actividad inherente a la teoría política, a las instituciones del Estado, de los partidos, movimientos, grupos de presión, opinión pública, control y participación ciudadana y de la vida política internacional.

2.14.3. El Tribunal Contencioso Electoral

El término “Contencioso Electoral” se refiere, en un sentido amplio, a los diversos medios jurídicos técnicos de impugnación o control (juicios, recursos, reclamaciones) de los actos y procedimientos electorales, ya sea que se sustancien ante un órgano de naturaleza administrativa, jurisdiccional o política, para garantizar la regularidad de las elecciones y que se ajusten a derecho, corrigiendo casuales errores o infracciones a la normativa electoral.

La finalidad de un organismo encargado de administrar justicia en materia electoral es la de proteger o tutelar, con eficacia, la participación política del pueblo y de los sujetos políticos en los procesos electorales. Además, contribuir para asegurar la garantía de los derechos, la legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, autenticidad, transparencia y justicia de los actos y procedimientos electorales.

En sentido restringido, el Contencioso Electoral hace referencia a la noción de proceso. Comprende solo los medios procesales de control de la regularidad de los actos y procedimientos electorales, es decir son el conjunto de controles e impugnaciones estrictamente jurisdiccionales frente a los actos y procedimientos electorales. Su actuación es únicamente jurisdiccional, administra justicia electoral a través de sus decisiones, que son definitivas y causan ejecutoria.

El Art. 168 de la Función Judicial, al abordar la administración de Justicia en el numeral dice: "En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria "*sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la constitución*".

El párrafo iii del Art. 220 de la CR, al tratar de los requisitos para ser miembro del Tribunal Contencioso Electoral exige "…*titulo de tercer nivel en derecho*… haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado (a), la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas…".

El Art. 221, que consagra las funciones del Tribunal Contencioso Electoral, establece en el párrafo final: "... sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento".

Las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral son sentencias en ejercicio pleno de la jurisdicción electoral que constituyen jurisprudencia obligatoria en esta materia. Son sentencias de última instancia y de inmediato cumplimiento, no son recurribles por ninguna vía, pero obviamente, son susceptibles de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

El Tribunal Contencioso Electoral, de conformidad con la CRE, tiene las funciones de:

(1) Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo nacional Electoral, de los organismos desconcentrados y de los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas (numeral 1, Art. 221 CRE). Significa que las decisiones del Consejo Nacional Electoral tienen la categoría de actos administrativos electorales. Son susceptibles de ser impugnados al Tribunal Contencioso Electoral, para que este orga-nismo, con carga jurisdiccional, resuelva en última y definitiva instan-cia. Pero además conoce de los actos que emanan de los órganos desconcentrados.

(2) También conoce el tribunal Contencioso Electoral, los asuntos de contienda o litigio de las organizaciones políticas, esto es, de los partidos y movimientos políticos, entre ellos, respecto a sus decisiones internas, etc.

(3) Le corresponde sancionar por el incumplimiento de las normas consagradas en ley respecto al financiamiento, la propaganda y gasto electoral y en general, por vulneración de las normas electorales (numeral 2, Art. 221 CRE).

2.15. Mecanismos de Democracia Directa

Los ciudadanos en goce de los derechos políticos están facultados para proponer la creación, reforma o derogación de normas jurídicas, mediante proyectos de reforma constitucional o ley, que sean pre-sentados ante la Asamblea Nacional.

En lo que concierne a los actos normativos generales de rango inferior a la ley, estos serán propuestos ante el órgano competente en razón de la materia y territorio, por ejemplo: proyectos de ordenanzas ante los diferentes órganos seccionales autónomos, reglamentos ante la Presidencia de la República. Si la propuesta de reforma constitucional que provenga de la ciudadanía no es tratada en el plazo de un año, los proponentes pueden acudir al Consejo Nacional Electoral para solicitar la convocatoria a consulta popular (Art. 103 de la CR).

Se trata de una forma directa de participación de los ciudadanos, mediante iniciativa legislativa, conocida también como "iniciativa popular normativa", que consiste en proponer proyectos de índole

normativo ante el órgano que tiene la competencia, para que éste lo discuta, lo apruebe o rechace, de conformidad al procedimiento regular previsto en el ordenamiento jurídico.

El Consejo Nacional Electoral y los órganos electorales desconcentrados están obligados a convocar a consulta popular siempre que se cumplan las condiciones, requisitos y exigencias que se establecen en el Art. 104 de la CR.

Si se compara el contenido del párrafo primero del Artículo 104, y el contenido del párrafo primero del Artículo 106 de la CR, aparentemente puede generarse una contradicción, pues en el primer caso se habla que la "convocatoria a consulta popular lo hace el organismo electoral correspondiente". Sin embargo, en el Art. 106 de la CR, expresamente se dispone que la facultad para hacer la convocatoria a consultas populares, sean nacionales, regionales, provinciales, cantonales o parroquiales, son de competencia del Consejo Nacional Electoral.

Se debe recordar que, previa convocatoria a consulta popular, es indispensable y fundamental que se cuente con el dictamen —vinculante— de la Corte Constitucional, órgano que debe calificar la constitucionalidad de las preguntas a ser sometidas a consulta.

Se faculta también a los ciudadanos, en goce de sus derechos políticos, para que puedan revocar el mandato de cualquier dignidad de elección popular, siempre que cumplan las condiciones, requisitos y exigencias consagradas en el Art. 105 de la CRE.

Será el Consejo Nacional Electoral, o los órganos electorales desconcentrados, los que realicen la convocatoria, si los requisitos y exigencias se han cumplido.

En el caso de la revocatoria del mandato del Presidente(a) de la República, se requiere mayoría absoluta de los sufragantes. Queda claro que no es de los ciudadanos que constan registrados en el padrón electoral, sino de los ciudadanos que concurrieron a ejercer en el día de la convocatoria su derecho al sufragio; por tanto, el voto puede ser por la revocatoria, en contra de la revocatoria, votos nulos y blancos.

Los gastos que generen los procesos electorales que se convoquen por disposición de los gobiernos regionales, provinciales, cantonales, parroquias rurales o regímenes especiales, se imputan a los presupuestos de cada uno de estos gobiernos. Aquellos que convoque el Presidente de la República o la ciudadanía se imputan al presupuesto general del Estado (Art. 107 CR).

2.15.1.El Referendum[58].

a.1.- Concepto

(Del latín referendum, de referre: referir). Institución política mediante la cual el pueblo, el cuerpo electoral opina sobre, aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos para asambleas constituyentes o legislativas.

Es una manifestación de la *democracia* constitucional en la cual mediante la ampliación del *sufragio* y el libre acceso a los cargos públicos, la totalidad del pueblo organizado en cuerpo electoral participa en el proceso de *poder*, lo que hace indirectamente al elegir a sus representantes y directamente por medio del *referéndum* y el *plebiscito*.

Se discute la naturaleza jurídica de esta participación popular en la formación de la ley y se considera como un acto de ratificación, desaprobación o de decisión, inclinándose la doctrina por la consideración de estimarlo como un acto decisorio autónomo, que al sumarse al de los representantes da origen a la disposición legal, la cual solo adquiere validez cuando ha sido sometida a la votación popular y aprobada por ella.

Los representantes forman la ley, pero ad *referéndum*, es decir, a reserva de lo que el cuerpo electoral resuelva, constituyéndose el *voto* popular en condición suspensiva a que se somete la validez y eficacia de la ley.

---

58 Jorge Mario García Laguardia, http://www.mercaba.org/ FICHAS/Capel/ referendum. htm, accedido febrero 2010.

a.2.- Como Plebiscito.-

Tiene un parentesco histórico con el *plebiscito*, con el cual muchas veces se confunde. La diferencia esencial consiste en que éste no afecta a actos de naturaleza normativa, se refiere a cuestiones de hecho, actos políticos y medidas de gobierno. Especialmente afecta cuestiones de carácter territorial y a materias relativas a la *forma de gobierno* y su ejercicio.

Es pertinente hacer algunas consideraciones adicionales. El *plebiscito* también consiste en una consulta directa al cuerpo electoral, pero no sobre una decisión legislativa, sino sobre algún asunto de excepcional importancia para la comunidad, que puede comprometer su futuro.

Su origen, como el del *referéndum*, estuvo en las prácticas de la república romana, en la que los ciudadanos comunes, votaban una ley a petición del tribuno de la plebe.

En la época reciente el *plebiscito* es la consulta que se hace al pueblo, sobre materias estrictamente políticas, y se ha utilizado en muchos países. El ingreso a la Unión Europea y la ratificación del Tratado de Maastrich, fue sujeta a consultas plebiscitarias. En Austria, Finlandia y Suecia triunfó el "sí", mientras que en Noruega lo hizo el "no". Y la decisión es vinculante. En Canadá, la provincia de Quebec francófona ha realizado varios plebiscitos fracasados, en el intento de constituirse en un nuevo Estado.

En teoría, el *plebiscito* es una institución de la *democracia* directa porque se traduce en una consulta al cuerpo electoral, pero en la práctica histórica se le ha desnaturalizado, convirtiéndolo en un instrumento para legitimar el ejercicio espurio del *poder*, sustituyendo a las *elecciones*.

Dictadores de diversas clases lo han utilizado para dar una apariencia de *legitimidad* a procedimientos ilegales y antidemocráticos. Luis Napoleón, en 1851, dio la pauta al servirse de él, para justificar su golpe de estado y la disolución de la Asamblea y restablecer el imperio hereditario con una nueva Constitución y proclamarse Emperador.

En América Latina, en Venezuela, Marcos Pérez Jiménez, pretendió en 1957 perpetuarse en el *poder*, y en Guatemala, Carlos Castillo Armas lo

utilizó en 1954, a la caída del régimen democrático, para recetarse un período de seis años de Presidencia sin *elecciones*, que no pudo gozar totalmente al ser asesinado antes de que concluyera, en un mecanismo de *voto* público y *escrutinio* secreto.

Si el *plebiscito* o consulta popular se adopta, se debe ser muy claro en limitar cuidadosamente su función y evitar que sustituya perversamente a las *elecciones*, porque al hacerlo se limita totalmente el derecho de los ciudadanos a escoger entre varias opciones. Como instrumento de la *democracia* semi-directa debe limitarse a recoger la opinión de los ciudadanos sobre asuntos de especialísima importancia para la comunidad, y con ese sentido se ha adoptado en algunas constituciones de América Latina, como las del Ecuador y Guatemala.

a.3.- Referendum Constitucional y Legislativo

Cuando el electorado participa en la función constituyente se da el *referéndum* constitucional, el que puede tener dos manifestaciones: la decisión sobre la futura *forma de Estado*, lo que ocurrió en Italia el 2 de septiembre de 1946 y en Bulgaria el 8 de septiembre de 1946, en los cuales se decidió sobre la monarquía o la *república*; o la decisión sobre un documento constitucional aprobado por una asamblea constituyente. El primer documento constitucional sometido a la aprobación del cuerpo electoral fue la Constitución francesa del 4 de junio de 1793, lo que se hizo con fundamento en la concepción rousseauniana de la aceptación del contrato social consensualmente, mecanismo que también fue utilizado por Napoleón para aprobar popularmente sus constituciones de 1799, 1802 y 1804.

En el siglo XIX, la popularidad del *referéndum* decreció, seguramente por su desprestigio al ser usado por fuerzas dictatoriales, y relacionarlo con los plebiscitos, con excepción de Suiza donde su crédito ha sido permanente, y donde fue utilizado para aprobar la Constitución de 1848 y su revisión completa en 1874. De nuevo, después de la Primera Guerra Mundial, es adoptado en varios países, entre ellos dos latinoamericanos: Chile en 1925 y Uruguay en 1942 y 1952. Francia, después de la Segunda Guerra Mundial, abandona su resistencia a la institución y recurre tres veces al *referéndum* constitucional: para rechazar el proyecto, el 27 de octubre de 1946; para confirmar el segundo proyecto, el 27 de octubre de

1946, y para legitimar la Constitución del General De Gaulle, el 28 de septiembre de 1958, que no fue aprobada por la asamblea.

A pesar de su intrínseco carácter democrático, el *referéndum* goza de crédito en gobiernos conservadores y dictatoriales, porque el procedimiento es fácilmente distorsionable a través de la propaganda y *manipulación* electoral.

En las constituciones occidentales de data relativamente reciente, la institución ha sido adoptada con limitaciones: en las francesas de 1946 y 1958 (Art. 90) cuando un proyecto de reforma no ha sido aprobado en su segunda lectura por la Asamblea Nacional, por los dos tercios o por tres quintos en cada una de las cámaras, o cuando, tratándose de una revisión constitucional referente a la existencia del Consejo de la República, ésta no haya dado su conformidad. En Italia se adopta el *referéndum* en el art. 138 de la Constitución, cuando las reformas no hayan sido aprobadas en segunda lectura por los dos tercios de cada Cámara y también para transformaciones territoriales y en el ámbito regional (Art. 123). En la Constitución española de 1978 (Art. 167.3), se indica que aprobada la reforma constitucional por las Cortes, será sometida a *referéndum* para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los 15 días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras y cuando se propusiere la revisión total de la Constitución, o una parcial que afecta el Título preliminar; al Capítulo II, sección primera del Título primero al Título II; aprobada la reforma por las Cortes, será sometida a *referéndum* para su ratificación.

El *referéndum* legislativo tiene también en Suiza su ejemplo mejor. Las leyes aprobadas por el Parlamento son sometidas a una votación popular, y además se pueden presentar proyectos de ley por iniciativa del electorado, procedimiento que se utiliza con frecuencia y constituye un buen ejemplo de gobierno semidirecto con una integración al electorado en la toma de decisiones.

a.4.- Clasificación

Por sus efectos puede ser: constitutivo, modificativo y abrogativo; por su naturaleza jurídica puede ser: obligatorio o facultativo; por su origen puede ser: popular, gubernativo, o presidencial, parlamentario,

estatal y regional. Especial mención merece el *referéndum* consultivo y el arbitral: el primero consiste en un llamamiento popular para obtener opinión sobre una determinada decisión a tomarse posteriormente; el segundo es propiamente político, con el objeto de resolver conflictos surgidos entre órganos del Estado para restablecer el equilibrio constitucional, que tuvo un amplio desarrollo en la Constitución de Weimar.

a.5.- El Referendum en América Latina

El Art. 6 del Acto Legislativo número 1 del 9 de enero de 1986 –por el cual se reforma la Constitución de Colombia de 1886– introduce el mecanismo de la consulta popular para que, de acuerdo con formalidades y requisitos que deberá precisar la ley, los habitantes del municipio decidan sobre asuntos de interés local.

El territorio de la República de Costa Rica se divide –para los efectos de la Administración Pública– en provincias, éstas en cantones y los cantones en distritos.

La Asamblea Legislativa puede decretar –observando los trámites de reforma parcial de la Constitución– la creación de nuevas provincias, siempre que el proyecto sea aprobado de previo en un *plebiscito* que la propia Asamblea ordenará celebrar en la provincia o provincias que soporten la desmembración (Art. 168).

La Constitución de Cuba establece como atribución de la Asamblea Nacional del Poder Popular la de "aprobar, modificar o derogar las leyes y someterlas previamente a la consulta popular cuando lo estime conveniente en atención a la índole de la legislación de que se trate" (Art. 75 inc. b), así como la de disponer la convocatoria de referenda en los demás casos que prevé la Constitución u otros que la propia Asamblea considere procedentes (Ibid., inc. u). La reforma a la Constitución acordada por aquella Asamblea (única que puede reformarla) cuando sea total o se refiera a la integración o facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere además, la ratificación por parte del electorado a través de un *referéndum* convocado al efecto por la Asamblea.

El derecho del pueblo de emitir opinión a través de plebiscitos es garantizado por la Constitución de Chile, como una forma de ejercicio directo de la *soberanía* (Art. 5). Se regula ese mecanismo como parte del proceso de reforma constitucional en el artículo 117 del mismo texto.

La Constitución de El Salvador deja constancia del interés de esa *República* en una mayor integración con las repúblicas americanas y especialmente con las del istmo centroamericano, así como del compromiso de propiciar la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América. "El proyecto y bases de la unión –afirma el texto– se someterá a consulta popular" (Art. 89).

Las decisiones políticas de especial trascendencia (entre ellas la entrada en vigencia de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República o por una Asamblea Nacional Constituyente, cuando su convocatoria es exigida por el texto fundamental) deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos según la Constitución de Guatemala (Art. 173 en relación con el Art. 280). Tal consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos.

Sin embargo, cuando se trate de consulta popular para ratificar reformas a la Constitución, el Tribunal Supremo Electoral está legitimado para proponer la o las preguntas a formular, según lo decidió la Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) en la sentencia de 10 de agosto de 1995 (Gaceta Jurisprudencial número 37, página 22). La Corte argumentó que "...el procedimiento de Consulta Popular previsto en el artículo 173 de la Constitución es genérico y se aplica a todas aquellas decisiones políticas de especial trascendencia y, como no tiene orientación específica, se previó que las preguntas las podía fijar el Presidente de la República o bien el Congreso, dependiendo del asunto que se tratara; sin embargo, cuando la Consulta Popular se hace con el fin de ratificar o no las reformas a la Constitución, lo genérico de la consulta según el artículo 173 citado, desaparece, para dar lugar al asunto específico de la ratificación, en el que el asunto era conocer si el pueblo decía no o decía o sí a las reformas; y así fue como se hizo. De ahí que la pregunta a formular era obvia y por ello lo fijó el Tribunal Supremo Electoral, conforme a lo previsto en la propia Constitución en el artículo 43 de las Disposiciones Transitorias y finales".

Según el artículo 284-3 de la Constitución de Haití, "Toda Consulta Popular tendiente a modificar la Constitución por la vía del referéndum está formalmente prohibida".

El Congreso mexicano tiene facultad para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal. Sin embargo, los ordenamientos legales y los reglamentos que en la ley se determinen deberán ser sometidos al *referéndum* (Art. 73, VI inc. 2).

La Constitución de Nicaragua señala entre las funciones del Consejo Supremo Electoral la de "organizar y dirigir las elecciones, plebiscitos o referenda que se convoquen de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en la ley (Art.173 inc.1)".

El *referéndum* –como parte del procedimiento de reforma constitucional–, se regula en la Constitución de Panamá (Art. 308 inc. 2). Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo sobre el Canal de esclusas, su zona adyacente y sobre la protección del mismo, así como para la constitución de un canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas deberán ser aprobados por el Organismo Legislativo y sometidos a *referéndum* nacional. Igual disposición se aplicará a cualquier contrato del Ejecutivo con empresas particulares o pertenecientes a otro Estado, sobre la construcción de un canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas (Art. 379). De igual manera se garantiza el derecho de los ciudadanos al *referéndum* en los asuntos atribuidos a los Concejos Municipales (Art. 23G).

Las modificaciones en la demarcación regional requieren el pronunciamiento previo y directo de las poblaciones afectadas, conforme a la ley, según dispone la Constitución del Perú. (Art.190). El *referéndum* y otras consultas populares se autorizan en el Art. 176.

La *soberanía* de la Nación Uruguaya es ejercida directamente por el Cuerpo Electoral a través del *referéndum* (Art. 82). La Ley –ordena la Constitución– reglamentará este mecanismo como recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales (Art. 304). Se regula, además, el *plebiscito* como paso último necesario del procedimiento de reforma constitucional (Art. 331).

a.6.- La Consulta Popular y el Referéndum en la Constitución de la República del Ecuador

En la actual constitución se establece la consulta popular y el referéndum con la precisión de que debe existir el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral, tal como lo determina el art. 103 y ss. que se detallan a continuación:

Art. 103.- La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente.

Quienes propongan la iniciativa popular participarán, mediante representantes, en el debate del proyecto en el órgano correspondiente, que tendrá un plazo de ciento ochenta días para tratar la propuesta; si no lo hace, la propuesta entrará en vigencia.

Cuando se trate de un proyecto de ley, la Presidenta o Presidente de la República podrá enmendar el proyecto pero no vetarlo totalmente.

Para la presentación de propuestas de reforma constitucional se requerirá el respaldo de un número no inferior al uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. En el caso de que la Función Legislativa no trate la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos en el registro electoral. Mientras se tramite una propuesta ciudadana de reforma constitucional no podrá presentarse otra.

Art. 104.- EI organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana.

La Presidenta o Presidente de la República dispondrá al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular sobre los asuntos que estime convenientes.

Los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción.

La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral.

Cuando la consulta sea solicitada por ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, requerirá el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial.

Las consultas populares que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución.

En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.

Art. 106.- El Consejo Nacional Electoral, una vez que conozca la decisión de la Presidenta o Presidente de la República o de los gobiernos autónomos descentralizados, o acepte la solicitud presentada por la ciudadanía, convocará en el plazo de quince días a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días.

Para la aprobación de un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, se requerirá la mayoría absoluta de los votos válidos, salvo la revocatoria de la Presidenta o Presidente de la República en cuyo caso se requerirá la mayoría absoluta de los sufragantes.

El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento.

En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada será cesada de su cargo y será reemplazada por quien corresponda de acuerdo con la Constitución.

Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

14. Convocar a consulta popular en los casos y con los requisitos previstos en la Constitución.

Art. 245.-La iniciativa para la conformación de una región autónoma corresponderá a los gobiernos provinciales, los que elaborarán un proyecto de ley de regionalización que propondrá la conformación territorial de la nueva región, así como un proyecto de estatuto de autonomía regional.

La Asamblea Nacional aprobará en un plazo máximo de ciento veinte días el proyecto de ley, y en caso de no pronunciarse dentro de este plazo se considerará aprobado. Para negar o archivar el proyecto de ley, la Asamblea Nacional requerirá de los votos de las dos terceras partes de sus integrantes.

El proyecto de estatuto será presentado ante la Corte Constitucional para que verifique su conformidad con la Constitución. El dictamen correspondiente se emitirá en un plazo máximo de cuarenta y cinco días, y en caso de no emitirse dentro de éste se entenderá que el dictamen es favorable.

Con el dictamen favorable de la Corte Constitucional y la aprobación del proyecto de ley orgánica, se convocará a consulta popular en las provincias que formarían la región, para que se pronuncien sobre el estatuto regional.

Si la consulta fuera aprobada por la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos en cada provincia, entrará en vigencia la ley y su estatuto, y se convocará a elecciones regionales en los siguientes cuarenta y cinco días para nombrar a las autoridades y representantes correspondientes.

Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Art. 420.- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República.

La denuncia un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó.

Art. 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. *Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.*

2. *Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.*

Art. 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

Art. 444.- La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o

Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

b) La revocatoria del mandato

b.1.- Concepto

El término "revocar" tiene su origen en el latín "revocare" y hace referencia al acto unilateral que emana de una voluntad que se rectifica. Su significado según el Diccionario de la Real Academia Española es: "dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución". Por mandato entiende el propio Diccionario el "encargo o representación que por la elección se confiere a los diputados, concejales, etc.". En el *Diccionario del Español Actual*, de M. Seco, se define el término "revocar" como "anular o dejar sin efecto una disposición o mandato" mientras que por mandato se entiende en su acepción núm. 3 el "contrato consensual por el que una persona encarga a otra su representación o la gestión de algún negocio".

En el ámbito constitucional, el mandato se configura como un instrumento institucionalizado cuya finalidad se orienta a la participación indirecta de los ciudadanos en los asuntos públicos. Por su parte, la revocación constituye un procedimiento a través del cual los *electores* pueden destituir a un cargo público con anterioridad a la expiración del período para el que fue elegido. La institución de la revocación del mandato presenta graves problemas teóricos en el marco de la representación libre.

En efecto, el modelo de mandato representativo implantado con el advenimiento del Estado constitucional margina el concepto de relación jurídica, en sentido propio, en favor de una relación de *legitimidad* en la que priva el aspecto institucional de garantía del carácter representativo de los órganos constitucionales del Estado. El efecto jurídico esencial que se desprende de este concepto de mandato es, precisamente, su carácter irrevocable. Tras el ejercicio del derecho de *sufragio* el representante

queda desvinculado de su circunscripción de origen y ostenta la representación de un colegio nacional único de forma que el Parlamento, como órgano, representa también a la nación en su conjunto. A pesar de las dificultades que en este sentido ofrece la construcción del concepto de mandato representativo, el mecanismo de la revocación del mandato ha adquirido cierto auge en algunas constituciones iberoamericanas como un instrumento de *democracia* directa destinado al control del abuso de *poder* de los que ocupan un cargo, especialmente en los ámbitos regional y local.

b.2.- Derecho Comparado

b.2.1.- Derecho Español y Europeo

En el continente europeo, con la excepción de Suiza, el mandato a los representantes parlamentarios se configura como un típico "mandato representativo", de manera que el parlamentario, una vez elegido, representa a toda la Nación y, por consiguiente, no queda condicionado por la voluntad de quienes lo eligieron puesto que dicha voluntad, a partir de ese momento, deja de ser relevante. En idéntico sentido, el parlamentario no representa exclusivamente a la circunscripción concreta en la que fue elegido, sino que alcanza a la totalidad del territorio nacional. El artículo 67.2 de la Constitución española proclama de manera inequívoca que: "los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo". Como se puede apreciar, el precepto emplea todavía la antigua fórmula "a contrario" acuñada en los inicios del movimiento constitucional, cuando de lo que se trataba era de poner de relieve las diferencias respecto de la teoría de la representación del Antiguo Régimen. Por lo demás, el mandato tiene carácter no revocable, es decir, no se encuentra sometido a la eventualidad de que los representados puedan retirar su *poder* al representante antes de finalizar su mandato por encontrarse en desacuerdo con su gestión.

En algunas ocasiones, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al mandato representativo ha podido conducir, bien es verdad que en una lectura apresurada y, en todo caso, equívoca, de sus Fundamentos Jurídicos, a una velada admisión de la revocación del mandato que la Constitución española en absoluto contempla. En efecto, la Constitución no recoge el mecanismo de la revocación del mandato de

forma anticipada por los *electores*. Sí resulta posible, en cambio, como es lógico en el marco de la *democracia* representativa, que el representante pueda ser, en su caso, "sancionado" por el *elector* con la no *reelección.* Por lo demás, también el *partido político* decide si vuelve a incluir al candidato en las próximas *elecciones* o no. Con todo, al tratarse de un mandato libre, el representante, una vez elegido, no está sujeto a instrucciones.

b.2.1.- CASO DE PAÍSES LATINOAMERICANOS

Con la excepción de Cuba, los países de América Latina han adoptado generalmente la forma de democracias representativas. Se trata normalmente de repúblicas, que se definen de modo habitual en sus textos constitucionales como: independientes, libres y democráticas. En efecto, las constituciones disponen que el pueblo ejerce la soberanía a través de la *elección* de representantes. Como es lógico, cada Constitución ofrece un perfil distinto, dentro de esa opción general por la *democracia* representativa; si bien la situación más frecuente es la *democracia* representativa que no incluye un derecho de revocación anticipada del mandato con independencia de los correspondientes *procesos electorales.* Así sucede en el caso de la Constitución de Argentina, cuyo artículo 22 establece que: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticiones a nombre de éste, comete delito de sedición". En similar sentido, el artículo 40 de la Constitución mexicana proclama que: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal (...)" y el artículo 41, en su párrafo tercero, consolida el carácter fundamental de los partidos en el sistema democrático representativo al establecer que: "Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y, como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan (...)".

La revocación del mandato constituye un procedimiento que hay que situar en el marco de la *democracia* directa y en el ámbito de la titularidad de los cargos públicos. En efecto, se trata de la facultad de dejar sin efecto el mandato del titular de un cargo público. Por lo general,

en América Latina las constituciones que contemplan la posibilidad de revocar el mandato de los representantes populares la limitan al ámbito local o regional.

El derecho de revocación del mandato se encuentra proclamado también en el art. 103 de la Constitución de Colombia de 1993, dentro del Capítulo 1 del Título IV consagrado a las "formas de participación democrática"; como "mecanismo de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía" y bajo la denominación de "revocatoria del mandato". En este sentido, establece el mencionado precepto que: "Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato" y encomienda su regulación a la ley.

La Constitución de la República de Venezuela, de 17 de noviembre de 1999, establece en su artículo 72 que: "Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables". En efecto, una vez transcurrida la primera mitad del mandato, los *electores* inscritos en la correspondiente circunscripción, en una proporción de, al menos, el veinte por ciento, podrán solicitar la convocatoria de un *referéndum* como instrumento de declaración formal de su voluntad de revocar el mandato del titular del correspondiente *cargo de elección popular*. En el párrafo tercero del propio artículo 72 de la Constitución venezolana, se establece lo relativo al resultado y efectos de esta modalidad de *referéndum*: "Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referéndum un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y la ley". Por lo demás, el precepto establece la regulación por ley de la "revocatoria del mandato para los cuerpos colegiados". Como límite de carácter general, prescribe el último párrafo que: "durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato".

b.2.2.- Constitución de la República del Ecuador:

"Sección segunda
De la revocatoria del mandato

Art. 109.- Los ciudadanos tendrán derecho a resolver la revocatoria del mandato otorgado a los alcaldes, prefectos y diputados de su elección, por actos de corrupción o incumplimiento injustificado de su plan de trabajo.

Cada uno de los candidatos a alcalde, prefecto o diputado, al inscribir su candidatura presentará su plan de trabajo ante el correspondiente tribunal electoral.

Art. 110.- La iniciativa para la revocatoria del mandato la ejercerá un número de ciudadanos en goce de los derechos políticos, que represente por lo menos el treinta por ciento de los empadronados en la respectiva circunscripción territorial.

Una vez que el tribunal electoral verifique que la iniciativa cumple con los requisitos previstos en esta Constitución y en la ley, procederá a la convocatoria en los diez días inmediatamente posteriores a tal verificación. El acto electoral se realizará dentro de los treinta días subsiguientes a la convocatoria.

Art. 111.- Cuando se trate de actos de corrupción, la revocatoria podrá solicitarse en cualquier tiempo del período para el que fue elegido el dignatario. En los casos de incumplimiento del plan de trabajo, se podrá solicitar después de transcurrido el primero y antes del último año del ejercicio de sus funciones. En ambos casos, por una sola vez dentro del mismo período.

Art. 112.- En la consulta de revocatoria participarán obligatoriamente todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos. La decisión de revocatoria será obligatoria si existiere el pronunciamiento favorable de la mayoría absoluta de los sufragantes de la respectiva circunscripción territorial. Tendrá como efecto inmediato la cesación del funcionario, y la subrogación por quien le corresponda de acuerdo con la ley.

Art. 113.- En los casos de consulta popular y revocatoria del mandato, el Tribunal Provincial Electoral de la correspondiente circunscripción, una vez que haya comprobado el cumplimiento de los requisitos establecidos en estas normas y en la ley, procederá a la convocatoria.

Los gastos que demanden la realización de la consulta o la revocatoria del mandato, se imputarán al presupuesto del correspondiente organismo seccional."

3. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Los Ejes para el análisis de la investigación

Para el análisis comparativo de la normativa jurídica respecto a lo establecido en la Democracia Deliberativa, se toman como ejes los resultados de la teoría de la argumentación de Alexy y Atienza, así como lo establecido en la tesis de Norberto Bobbio, en que éste aclara que a la norma jurídica se la puede plantear desde tres puntos de vista:

a) si es justa o injusta, desde el punto de vista de los valores,
b) si es válida o inválida, desde el punto de vista legal, y
c) si es eficaz o ineficaz, desde el punto de vista sociológico.

Para el primer punto, esto es, el carácter de justo o injusto de una norma, se debe recurrir a parámetros valorativos objetivamente evidentes, por lo tanto, la cuestión de establecer si una norma es justa se la resuelve determinando si ésta realiza los valores objetivos. Por eso, el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema deontológico del derecho y da lugar a la teoría y a la filosofía del derecho.

Para el segundo punto, esto es, si la norma es válida o invalida, se debe analizar su correspondencia con las reglas del sistema jurídico. Se entra al problema de la existencia de la regla en cuanto tal, de manera independiente del juicio de valor, que se resuelve con un juicio de existencia o de hecho. Esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica.

Y para juzgar su validez es necesario realizar investigaciones de carácter empírico racional, las mismas que se efectúan cuando se trata de establecer la entidad y la dimensión de un suceso.

En cuanto la validez, se vuelve necesario realizar tres operaciones, mismas que se tomarán en cuenta en el análisis de la presente investigación:

a) Determinar si la autoridad que promulgó la norma jurídica tiene o tenía el poder legítimo para expedirlas.
b) Justificar si la norma objeto de análisis ha sido derogada expresa ó tácitamente, clarificando si una norma ha sido o fue válida, por haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo.
c) Comprobar que la norma objeto de análisis no sea incompatible con otras normas del sistema -derogación implícita-, o con una norma jerárquicamente superior -norma constitucional- o con una norma posterior.

Para el tercer punto, esto es, si una norma es eficaz o ineficaz y si es o no cumplida por las personas a quienes se dirige, y si existiendo violación a la norma surtan efecto los medios coercitivos conferidos a la autoridad respectiva; del hecho de la existencia de una norma jurídica no se sigue su cumplimiento.

Estos tres criterios de valoración de una norma crean tres clases distintos de problemas, independientes entre sí, en cuanto a que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez, todo lo cual puede dar lugar a una serie de proposiciones:

1. Una norma puede ser justa sin ser válida.
2. Una norma puede ser válida sin ser justa.
3. Una norma puede ser válida sin ser eficaz.
4. Una norma puede ser eficaz sin ser válida.
5. Una norma puede ser justa sin ser eficaz.
6. Una norma puede ser eficaz sin ser justa.

Proposiciones que tomaremos en cuenta al momento de analizar la norma jurídica electoral respectiva.

Entre los ejes temáticos para efectuar dicho análisis tenemos:

a) la inclusión de nuevos actores
b) la participación política
c) la representación y la legitimidad.

4. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En el desarrollo de la investigación los resultados han sido enfocados teniendo como eje transversal un modelo de democracia, la denominada democracia deliberativa, y el nuevo diseño institucional aprobado en la CR y aplicada para las elecciones del año 2009.

Uno de los objetivos planteados generó que se efectúe un análisis a la normativa electoral, que consta en el Régimen de Transición de la CR, respecto a las teorías de la democracia y cómo éstas propenden a la optimización de los sistemas democráticos, surgiendo también la pregunta ¿Dónde se encuentra la fuente de la legitimidad de la ley democrática? Y la respuesta parece ser en que ella se encuentra en un acuerdo comunicativo, al participar en discursos racionales, negociaciones equitativas y honestas. Por tanto, es importante tener presente que hablar de legitimidad en democracia es hablar de acciones, normas o instituciones enmarcadas en un proceso deliberativo.

Se parte del supuesto de que la democracia es un sistema de vida que se basa en un mecanismo racional de convivencia legitimado por el consentimiento ciudadano expresado a través de su participación, convirtiéndose, de esta manera, en legitimación por vía electoral el acto mediante el cual los ciudadanos acuden a las urnas para expresar su voluntad en procesos de elección.

Uno de los análisis efectuados fue acerca de la representación y su significado en el proceso eleccionario, ¿cómo surge?, ¿quién la otorga?, ¿a quién se la otorga? Preguntas que a lo largo de la investigación nos hicimos y que esperamos en este breve análisis estén dadas las respuestas para generar el debate.

4.1. ANÁLISIS CONCEPTUAL Y DESCRIPTIVO DE LAS NORMATIVAS ELECTORALES Y LA INSTITUCIÓN ELECTORAL APLICADAS EN LAS ELECCIONES 2009 VERIFICADO CON LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Antes de pasar al análisis conceptual, de manera específica aquel sobre la democracia deliberativa, efectuado por el equipo de investígadores respecto a la normativa electoral y a la institución electoral

aplicada en las elecciones 2009 por el Régimen de Transición, debemos puntualizar conceptos sobre los cuales trazaremos nuestro análisis.

Aunque la noción de Democracia Deliberativa fue acuñada por Joseph Bessette en 1980 para interpretar la constitución de Estados Unidos de América, las discusiones en torno a la democracia deliberativa, su deseabilidad y contribución real a la democracia liberal han centrado una parte importante de los debates de la filosofía política y la teoría democrática, teniendo su punto culminante en los años noventa del siglo pasado cuando fue reformulada, en 1994, por Jürgen Habermas, representante de la segunda generación de la Escuela de Frankfurt, quien contribuyó a desarrollar la concepción deliberativa de la democracia y fue uno de los principales inspiradores de este modelo político; él concibe la democracia deliberativa como extensión de la acción comunicativa en el plano de las instituciones. Siendo esta forma de democracia dependiente de procedimientos y presupuestos comunicativos que institucionalizan el discurso público.

Para HABERMAS, la esencia del Estado democrático y la legitimidad de las decisiones públicas reside en los discursos, las negociaciones, las condiciones de comunicación y los procedimientos que hacen posible la formación discursiva de la voluntad común[59] y la auténtica deliberación democrática no podrá prescindir, en particular, de la opinión de los ciudadanos con conocimientos cualificados respecto a la materia considerada ni de la opinión de los colectivos destinatarios de las normas objeto de debate[60].

Por lo cual, para confrontar nuestro análisis con la democracia deliberativa, establecemos como elementos transversales para el análisis en la presente investigación los enunciados de la democracia participativa de Habermas[61] junto con los conceptos de PARTICIPACIÓN POLITICA DE LOS POSIBLES AFECTADOS POR UNA TOMA DE DECISION MEDIANTE EL DIÁLOGO INTERSUBJETIVO COMO PRESUPUESTO DEL CONSENSO MAYORITARIO.

---

[59] HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 230 -236

[60] HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 230 -236

[61] Estos enunciados son el reflejo de la lectura de los libros teoría de la acción comunicativa, la inclusión del otro y Facticidad y validez de Habermas.

Entre los enunciados constan:

a) La legitimidad, se funda en consensos construidos a través de un activo diálogo y debate en el espacio público, y no en la legalidad; porque la legalidad pura no garantiza a largo plazo la lealtad de los ciudadanos como sistema político democrático.
b) La participación, en su relación con la legitimidad política.

Tomando en cuenta lo expresado por Roberto Gargarella[62], quien antielitista, rechaza el elitismo epistemológico, esto es, un criterio según el cual alguna persona, o grupo de personas, se encuentra mejor capacitada para decidir imparcialmente en nombre de todos los demás. En nuestros días, elitistas son quienes ven a la clase política como responsable y "dueña" del gobierno, y sostienen, a su vez, que la ciudadanía debe contentarse pura y exclusivamente con hacer sentir su "voz" periódicamente, a través del proceso electoral mediante el voto para elegir a sus representantes.

I.- A) LA NORMATIVA ELECTORAL APLICADA PARA LAS ELECCIONES 2009, POR EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

Un aspecto importante para nuestro análisis jurídico-político al proceso de elecciones 2009, es la normativa a aplicarse, entre las que destacamos priorizamos, el régimen de Transición previsto en la CR y la emitida por el Consejo Nacional Electoral amparado en dicho Régimen.

De conformidad con lo establecido en el régimen de transición previsto en la CR, el Consejo Nacional Electoral procede a dictar una normativa electoral para el desarrollo de las elecciones 2009 junto con otras disposiciones que regulan lo administrativo del proceso electoral.

Destacándose, como la principal normativa, lo previsto en el Régimen de Transición, los siguientes temas:

---

[62] Roberto Gargarella, La democracia deliberativa en el análisis del sistema Representativo, Artículo publicado en www.insumisos.com Red de Investigadores Latinoamericanos por la Democracia y la Paz (RILDEPAZ)http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20analisis%20del%20sistema%20repres.pdf

1. Responsabilidad del proceso eleccionario

Un elemento importante en el diseño institucional creado en la CR y que, por el Régimen de Transición se aplica para las elecciones 2009, es el órgano administrativo responsable de lo electoral, el Consejo Nacional Electoral.

Art. 2.- (Responsabilidad de las elecciones)

El proceso de elección de los dignatarios señalados en estas normas de transición será organizado y dirigido por el Consejo Nacional Electoral.

El nivel de responsabilidad es total, porque en los miembros del Consejo recae el cumplimiento de lo establecido en el Régimen de Transición para las elecciones 2009, comprendiendo todo lo relacionado con el proceso electoral, los aspectos administrativos y jurídicos, al ser la instancia que resuelve sobre lo administrativo.

2. Dignidades a ser elegidas

Para las elecciones 2009, se presentó una particularidad: como en ningún otro proceso electoral, se renovaron todas las dignidades de elección popular uninominal y plurinominal.

Esto convirtió al proceso electoral en el más complejo de los vividos en Ecuador en los últimos años; con dos situaciones particulares, la primera, la cantidad de dignidades a elegirse; y, el segundo, que en cuanto a la normativa a aplicar, se estableció la disposición de que debían regir tanto las leyes elaboradas al amparo de la constitución del año 1998, así como las establecidas en el Régimen de Transición.

Art. 3.- (Elecciones generales) El Consejo Nacional Electoral, en el plazo máximo de treinta (30) días contados desde su posesión, con fundamento en lo establecido en la ley, convocará a elecciones generales para designar las siguientes dignidades:

1. Presidente y Vicepresidente de la República.
2. Cinco (5) representantes al Parlamento Andino.
3. Integrantes de la Asamblea Nacional elegidos por las circunscripciones provinciales, la nacional y la especial del exterior. En cada provincia se elegirán

dos asambleístas, más uno por cada doscientos mil habitantes o fracción mayor de ciento cincuenta mil; quince (15) asambleístas nacionales; y, seis (6) por las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior, distribuidos así: dos por Europa, Oceanía y Asia, dos por Canadá y Estados Unidos y dos por Latinoamérica, El Caribe y África.

4. Prefectos y viceprefectos provinciales.

5. Alcaldes municipales.

6. Cinco (5) y un máximo de quince (15) concejales y concejalas en cada cantón, conforme lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

7. Cinco (5) vocales en cada una de las juntas parroquiales rurales, el más votado será elegido Presidente. La aplicación de estas normas se basará en el último censo de población.

3. Participación electoral de organizaciones políticas

Uno de los aspectos importantes a resaltar en las elecciones 2009 fue la participación no sólo de los partidos políticos constituidos, sino de nuevos movimientos políticos con sólo presentar el 1% de firmas de adhesión de conformidad con lo establecido en el Registro Electoral, y la conformación de las listas en candidaturas plurinominales de forma paritaria (hombre-mujer o mujer-hombre).

El artículo 108 de la CR señala que:

Los partidos y movimientos políticos son organizaciones públicas no estatales, que constituyen expresiones de la pluralidad política del pueblo y sustentarán concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, incluyentes y no discriminatorias.

Su organización, estructura y funcionamiento serán democráticos y garantizarán la alternabilidad, rendición de cuentas y conformación paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas. Seleccionarán a sus directivas y candidaturas mediante procesos electorales internos o elecciones primarias.

Y ampliando lo anterior, en el Régimen de Transición se expresa que:

Art. 4.- (Presentación de candidaturas) En estas elecciones, las organizaciones políticas y alianzas que participaron en la elección de asambleístas

podrán presentar candidaturas. Podrán también hacerlo otras organizaciones políticas, para lo cual deberán presentar el uno por ciento (1%) de firmas de adhesión de los ciudadanos y ciudadanas del correspondiente registro electoral. Al efecto, el Consejo Nacional Electoral entregará los formularios necesarios.

Las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes. Las listas se conformarán paritariamente con secuencia de mujer, hombre u hombre, mujer hasta completar el total de candidaturas.

4. Proceso de elección uninominal y parlamentario

En los procesos de elección uninominal el mismo fue estructurado de conformidad con el concepto de mayoría. Respecto al proceso de elección parlamentario para el proceso electoral 2009 a diferencia de anteriores procesos se escogió el proceso de asignación de escaños de Webster. De conformidad con las disposiciones siguientes:

Art. 6.- (Asignación de escaños) Para la adjudicación de los escaños se aplicarán las siguientes disposiciones:

1. En las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República conforme lo señalado en la Constitución Política de la República.

2. En las elecciones de los binomios de Prefectos y Viceprefectos y en las de alcaldes serán los ganadores quienes hayan obtenido las más altas votaciones.

3. En las elecciones de parlamentarios andinos se procederá así:

a) Se sumarán los votos alcanzados por cada una de las listas.

b) Estos resultados se dividen para la serie de los números 1, 3, 5, 7, 9, 11, hasta obtener tantos cocientes como puestos por asignarse.

c) Los cocientes obtenidos se ordenan de mayor a menor; se asignarán a cada lista los puestos que le correspondan, de acuerdo a los más altos cocientes.

d) Si fuese el caso que cumplido el procedimiento anterior, todos los cuocientes corresponden a una sola lista, el último puesto se lo asignará a la lista que siga en votación.

e) En caso de empate, se procederá al sorteo para definir la lista ganadora del puesto.

f) Los escaños alcanzados por las listas serán asignados a los candidatos según el orden en la lista.

4. En las elecciones de asambleístas nacionales, asambleístas provinciales, asambleístas del exterior, concejales municipales y miembros de juntas parroquiales rurales, se procederá así:

4.1. En las circunscripciones donde se eligen dos (2) dignatarios, el primer puesto corresponde a la lista que obtenga el mayor número de votos; el segundo, a la que le sigue en votos, siempre que tenga por lo menos el 35% de los votos de aquella; caso contrario, ambos puestos corresponderán a la lista más votada.

4.2. Donde se eligen tres (3) o más dignatarios, se seguirán los siguientes pasos:

a) Se sumarán los votos alcanzados por los candidatos de cada una de las listas.

b) Estos resultados se dividirán para la serie de números 1, 3, 5, 7, 9, 11, hasta obtener tantos cocientes como puestos por asignarse.

c) Los cocientes obtenidos se ordenan de mayor a menor; se asignarán a cada lista los puestos que le correspondan, de acuerdo a los más altos cocientes

d) Si fuese el caso que cumplido el procedimiento anterior, todos los cocientes corresponden a una sola lista, el último puesto se lo asignará a la lista que siga en votación.

e) En caso de empate, se procederá al sorteo para definir la lista ganadora del puesto.

f) Los escaños alcanzados por las listas serán asignados a los candidatos más votados de cada lista.

Art. 7.- (Circunscripciones urbanas y rurales) Para las elecciones de concejales en los cantones existirán dos circunscripciones electorales, una urbana y otra rural, constituidas por los electores de las parroquias urbanas y las rurales, respectivamente. En cada circunscripción se elegirá el número que resulte de multiplicar el total de concejales del cantón por el porcentaje de la población de la circunscripción correspondiente. El resultado se aproximará al entero más cercano. Cuando el valor no alcance la unidad en la circunscripción se elegirá un concejal. En los cantones que no cuentan con parroquias rurales existirá una sola circunscripción, donde se elegirán todos los concejales.

5. Conformación de Registro electoral

El registro electoral lo conforman todos los que constan registrados en el Registro Civil, esto es, todos aquellos que tienen un número de cédula de ciudadanía. Como una parte importante del Registro Electoral es el padrón electoral que surge del mismo para la conformación de las juntas electorales y posteriores juntas intermedias.

Art. 8.- (Registro electoral) El registro electoral se elaborará conforme las disposiciones de la Constitución. Se cumplirán los plazos establecidos en la Ley

Orgánica de Elecciones para la actualización de domicilio y la elaboración del registro electoral.

6. Financiamiento electoral

A diferencia de años anteriores el financiamiento completamente lo realiza el estado Ecuatoriano y los fondos en dinero efectivo para el financiamiento no son entregados a los partidos o movimientos sociales registrados, sino a las empresas de publicidad previamente registradas ante el Consejo Nacional Electoral y solicitadas por los tesoreros de campaña previamente acreditados como tales, de conformidad con lo dispuesto en la constitución y las disposiciones emitidas por el Consejo Nacional Electoral.

Art. 12.- (Control del gasto y la propaganda electoral) Para este proceso aplíquese el artículo 10 de la Ley Orgánica del Control del Gasto Electoral y de la Propaganda Electoral, utilizando los siguientes valores para el cálculo correspondiente:

a) Elección de binomio de Presidente y Vicepresidente de la República: cero punto quince dólares (0,15 USD);

b) Elección de miembros al Parlamento Andino: cero punto cero cinco dólares (0,05 USD);

c) Elección de asambleístas nacionales, provinciales y prefectos: cero punto quince dólares (0,15 USD);

d) Elección de asambleístas del exterior: cero punto treinta dólares (0,30USD);

e) Elección de alcaldes municipales: cero punto quince dólares (0,15USD);

f) Elección de concejales: el monto máximo será el sesenta por ciento (60%) del valor fijado para el respectivo alcalde municipal;

g) Elección de miembros de juntas parroquiales: cero punto treinta dólares (0,30 USD);

Donde en la ley dice diputados entiéndase asambleístas.

Art. 13.- (Financiamiento de la campaña) El Estado, a través del presupuesto del Consejo Nacional Electoral, financiará exclusivamente la campaña propagandística en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias de todas las candidaturas unipersonales y pluripersonales, excepto las de juntas parroquiales rurales.

Art. 14.- (Prohibición de propaganda) Durante el período de la campaña electoral, conforme la norma constitucional y legal, está prohibido que las funciones e instituciones del Estado realicen propaganda, publicidad y utilicen sus bienes y recursos con estos fines.

También se prohíbe la contratación privada de propaganda y publicidad sobre el proceso electoral en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias.

Las candidatas y candidatos y las organizaciones políticas no podrán entregar donaciones, dádivas o regalos a las ciudadanas y ciudadanos.

Art. 15.- (Aplicación de normas) Los órganos de la Función Electoral aplicarán todo lo dispuesto en la Constitución, la Ley Orgánica de Elecciones y en las demás leyes conexas, siempre que no se oponga a la presente normativa y contribuya al cumplimiento del proceso electoral. Dicha aplicación se extiende a las sanciones por faltas, violaciones o delitos contra lo preceptuado. Si es necesario, podrán también, en el ámbito de sus competencias, dictar las normas necesarias para viabilizar la aplicación del nuevo ordenamiento constitucional.

I.- b) COMPARACIÓN ENTRE LA NORMATIVA VIGENTE Y LA APLICADA PARA OTROS PROCESOS ELECTORALES.

A continuación procederemos a efectuar un análisis comparativo de las normas jurídicas que regularon el proceso electoral de la transición (materia de nuestro estudio) y las normas jurídicas en materia electoral que se encontraban vigentes.

Existen diferencias que generaron conflictos en el proceso electoral, pues una fue la normativa aplicada, creada para la transición, y otra fue la normativa que se encontraba vigente y que, en consecuencia, debió ser aplicada.

Por tanto, se ha procedido a aglutinar en ejes el análisis comparativo de la normativa electoral, las normativas electorales a analizar serán las siguientes:

a) Ley Orgánica de Elecciones[63]

[63] Registro Oficial Año I N° 117 Martes 11 de julio del 2000

b) Codificación de la Normas Generales para las Elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República, expedidas por el Consejo Nacional Electoral[64]
c) Instructivo para Inscripción y Calificación de Candidaturas[65]

1.- Inscripción de candidaturas

En cuanto a la fase de las inscripciones de las candidaturas, calificación, plazos y demás procedimientos, la Ley Orgánica de Elecciones, vigente en ese entonces, establecía lo siguiente:

"ARTICULO 53. – (Proclamación e inscripción de candidaturas).- A toda elección precederá la proclamación e inscripción de candidaturas ante el organismo electoral competente, los candidatos deberán reunir los requisitos y no encontrarse comprendidos en las prohibiciones determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley.

Cuando sea permitido por la ley, los dignatarios de elección popular en ejercicio, que opten por la reelección, gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de su candidatura hasta la proclamación de resultados, sin necesidad de solicitud expresa. Sí presentaren su candidatura a una dignidad distinta, deberán renunciar a su cargo, previamente a su inscripción.

Esta disposición no rige para los dignatarios de elección popular que ostenten la calidad de alternos que al momento de la inscripción de su candidatura no estén en el ejercicio de sus funciones; y no podrán principalizarse durante el proceso electoral y automáticamente perderán su condición de alternos en el caso de ser electos.

En caso de falta temporal o definitiva del suplente con derecho a ejercer la representación alterna, subrogará al principal el siguiente candidato principal con mayor número de votos y que no obtuvo una representación en las elecciones y, así sucesivamente. Los alternos de éstos actuarán exclusivamente si se principaliza en forma definitiva.

---

[64] Resolución de 10 de marzo de 2009, PLE-CNE-11-11-3-2009

[65] Resolución de 30 de diciembre de 2008, PLE-CNE-9-30-12-2008

Se entenderá por reelección, igualmente, la de los dignatarios que habiendo sido elegidos para una dignidad han pasado posteriormente y, por mandato de la ley, a desempeñar por subrogación definitiva otra dignidad de elección popular, siempre que tal subrogación se haya producido con un año de anticipación, por lo menos, a la fecha de inscripción de sus candidaturas.

ARTICULO 54. – (Plan de trabajo).- Los candidatos a Alcalde Municipal, Prefecto Provincial o Diputado, en el momento de inscribir su candidatura, deberán presentar el plan de trabajo propuesto conjuntamente con el formulario de inscripción, el cual deberá contener, entre otros elementos los siguientes:

1.- Objetivos: generales y específicos;
2. - Programa de trabajo que contenga las acciones básicas que se propone ejecutar con el respectivo sustento técnico y su posible fuente de financiamiento, en el ejercicio de sus funciones, en el caso de ser elegidos. El programa responderá a las facultades y atribuciones de su función y, debe tener el respaldo del partido u organización política que auspicia la candidatura;
3. - Diagnóstico y soluciones a la problemática de la jurisdicción que representa; y,
4. - Declaración de sujeción al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El plan de trabajo debe ser notarizado ante el funcionario competente.

ARTICULO 55. – (Presentación de candidatos).- Los partidos políticos legalmente reconocidos, pueden presentar candidatos de sus afiliados o de independientes para las dignidades de elección popular.

ARTICULO 56. - (Requisitos para optar por dignidades de elección popular).- Los requisitos para optar por las dignidades de elección popular son:

a) Para ser candidato a Presidente y Vicepresidente de la República, se requiere cumplir con lo dispuesto en la Constitución Política de la República;

b) Para ser candidato a Diputado deberá reunir los requisitos señalados en la Constitución Política de la República;

c) Para ser candidato a Prefecto Provincial o Alcalde Municipal, se requiere:

1. Ser ecuatoriano;

2. Estar en goce de los derechos políticos;

3. Tener 30 años de edad, por lo menos, al momento de la inscripción de la candidatura; y,

4. Haber nacido en la provincia o cantón, según el caso, o haber tenido su domicilio civil principal en la jurisdicción política administrativa correspondiente, de forma ininterrumpida, por lo menos durante dos años inmediatamente anteriores a la elección;

d) Para ser candidato a Consejero Provincial y Concejal Municipal, se requiere a más de los requisitos determinados en los numerales 1, 2 y 4 del literal c) anterior, tener 25 y 20 años de edad, respectivamente, al menos al momento de la inscripción de candidaturas

e) Para ser candidato a miembro de una Junta Parroquial Rural, se requiere:

1. Ser ecuatoriano;

2. Tener 18 años de edad, por lo menos;

3. Estar en goce de los derechos políticos; y,

4. Haber mantenido su domicilio electoral en la parroquia, en los 2 últimos años; o, haber nacido en ella; y,

f) Para los representantes de elección popular de organismos deliberantes de competencia internacional se cumplirán con los requisitos que se determinen en las leyes o convenios internacionales que rijan la materia.

ARTICULO 57. – (Inhabilidades y prohibiciones).- De las inhabilidades y prohibiciones para optar por una dignidad de elección popular:

1.- Son inhabilidades generales para ser candidatos a cualquier dignidad de elección popular las consagradas en la Constitución Política de la República.

2. - Son inhabilidades para ser candidato a Prefecto Provincial, Consejero Provincial, Alcalde Cantonal, Concejal Municipal y miembros de las juntas parroquiales rurales además de las determinadas en el numeral anterior, las siguientes:

a) Tener personalmente, o como representante de personas jurídicas, directa o indirectamente, contrato con el organismo seccional autónomo correspondiente, por lo menos, hasta treinta días antes de la fecha de inscripción de la candidatura;

b) Ser deudor del organismo seccional correspondiente, a la fecha de inscripción de la candidatura; y,

c) Los que incurran en causales determinadas por otras leyes generales o especiales.

3. - Los culpados contra quienes dentro del juicio penal, se haya dictado sentencia condenatoria, en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, quedan inhabilitados en forma indefinida, hasta que cumplan la condena.

Las inhabilitaciones e incompatibilidades sobrevinientes se regirán por las leyes aplicables a los derechos, deberes, prohibiciones e incompatibilidades de cada dignidad y serán resueltas por el órgano competente.

ARTÍCULO 58.– (Porcentaje de representación de mujeres en las listas de candidaturas).- Las listas de candidaturas en elecciones pluripersonales deberán presentarse con al menos, el treinta por ciento (30%) de mujeres entre los principales y el treinta por ciento (30%) entre los suplentes; en forma alternada y secuencial, porcentaje que se incrementará en cada proceso electoral general, en un cinco por ciento (5%) adicional hasta llegar a la igualdad en la representación. Se tomará en cuenta la participación étnica cultural.

ARTÍCULO 59.– (Fórmula de representación de la igualdad de género en candidaturas).- Para los efectos determinados en el artículo anterior, se aplicará obligatoriamente la siguiente fórmula de representación en el proceso de inscripción de candidaturas.

En elecciones pluripersonales donde deban elegirse tres representantes se inscribirá, al menos, una candidata mujer como principal y una como suplente; en donde se elijan de cuatro a seis representantes, por lo menos dos candidatas mujeres principales y suplentes, respectivamente; en donde deban elegirse de siete a nueve dignidades, al menos, tres candidatas mujeres como principales y tres como suplentes; en elecciones de diez a doce representantes, cuatro candidatas mujeres mínimo como principales y suplentes, respectivamente; y, así sucesivamente.

En elecciones donde deban elegirse dos representantes, uno de los candidatos preferentemente será mujer, de igual forma en el caso de los suplentes.

Esta proporción se incrementará en el porcentaje señalado en el artículo anterior hasta llegar a la representación igualitaria.

ARTÍCULO 60.– (Obligación de aplicar la fórmula de representación).- El Tribunal Supremo Electoral hará constar en la convocatoria a elecciones la fórmula de representación equitativa señalada en los artículos precedentes.

ARTICULO 61.– (Negación de la inscripción de listas de candidaturas que no incluyan un mínimo de mujeres como candidatas).- El Tribunal Supremo Electoral y los tribunales provinciales electorales, negarán, de oficio o a petición de parte, la inscripción de aquellas listas de candidaturas pluripersonales que no incluyan un mínimo de treinta por ciento (30%) de mujeres como candidatas principales y de treinta por ciento (30%) de entre los suplentes, de forma alternada y secuencial, en las listas presentadas por las organizaciones políticas y candidatos independientes.

ARTÍCULO 62.– (Calificación de candidatos).- La proclamación e inscripción de candidatos serán cuando menos sesenta y un día antes del día de las elecciones, fecha en la cual los tribunales Supremo y provinciales electorales se instalarán en sesión para su calificación.

ARTÍCULO 63. – (Listas completas).- Las listas de candidatos deben ser completas, con el número de candidatos principales y suplentes, cuando sea el caso, para todos los puestos a elegirse. Por ningún concepto podrá aceptarse una lista incompleta.

ARTICULO 64.– (Auspicio y subrogación de candidatos).- La proclamación de candidatos para Presidente y Vicepresidente de la República y representantes ante el Parlamento Andino debe hacerse ante el Tribunal Supremo Electoral por quien ejerza la Dirección Nacional del partido político que auspicie la candidatura, o por quien estatutariamente le subrogue, o por el representante nacional de la organización política o por el candidato, según el caso.

De producirse alianzas permitidas por la ley, la declaratoria será hecha por los jefes de los partidos políticos aliados, o por quienes estatutariamente les subroguen, por el representante nacional de la organización política o por el candidato, según el caso.

Si el Tribunal Supremo Electoral negare la inscripción de una proclamación, el representante del correspondiente partido, organización o alianza o quien estatutariamente le subrogue, podrá recurrir de la resolución para ante el

Tribunal Constitucional dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la notificación en el domicilio que para el efecto debe señalarse.

ARTÍCULO 65. – (Proclamación e inscripción de candidatos).- La proclamación e inscripción de candidatos para las elecciones de diputados al Congreso Nacional, prefectos, consejeros provinciales de elección popular, alcaldes y concejales municipales y miembros de las juntas parroquiales rurales, deben ser hechas ante el Tribunal Provincial Electoral correspondiente, por quien ejerza la Dirección Provincial del respectivo partido político o por quien estatutariamente le subrogue, o por el representante provincial de la organización política o por el candidato, según el caso.

De producirse alianzas permitidas por la ley, se procederá en la forma prescrita en el artículo anterior.

ARTÍCULO 66.– (Impugnaciones).- Una vez presentadas las candidaturas, los tribunales electorales, supremos y provinciales, según el caso, antes de calificarlas, notificarán con la nómina de las mismas a los sujetos políticos, dentro del plazo de un día.

Los partidos políticos, por intermedio de su representante legal, nacional o provincial, o de los representantes de la organización política o los candidatos, podrán presentar impugnaciones de conformidad con la presente ley.

Si uno o varios candidatos no reunieren los requisitos establecidos en la presente ley, el Tribunal rechazará la candidatura o la lista, pudiendo ser presentadas nuevamente, superadas las causas que motivaron su rechazo.

En la nueva lista, que deberá ser presentada dentro del plazo de tres días, sólo podrán ser cambiados los candidatos que han sido rechazados por el Tribunal.

En caso de que los nuevos candidatos tengan inhabilidad comprobada, se rechazará la lista.

Los tribunales electorales, supremo y provinciales, podrán, de oficio y con las pruebas constantes en los archivos de los respectivos organismos, rechazar las candidaturas en cuanto a edad.

Los tribunales provinciales electorales, resolverán las impugnaciones de las candidaturas presentadas, por inhabilidades legales hasta ocho días después de la

fecha de cierre de las inscripciones. El Tribunal Supremo Electoral resolverá todas las apelaciones por aceptación o negativa de inscripción de las candidaturas hasta cuarenta y seis días antes de las elecciones.

ARTÍCULO 67.– (Declaración jurada de aceptación de candidatura).- A toda inscripción de candidatos se acompañará la aceptación de éstos con una declaración jurada de que no están incursos en alguna de las inhabilidades determinadas por la ley. Además, se requerirá una certificación suscrita por el Secretario del respectivo partido o por quien ejerza las funciones de éste, acerca de que las candidaturas han sido auspiciadas de conformidad con los estatutos del partido.

ARTÍCULO 68. – (Prohibición de inscripción de candidaturas).- El Tribunal Supremo y los tribunales provinciales no podrán negar la inscripción de candidaturas, sino en el caso de que no se cumplieren los requisitos prescritos en el artículo anterior y los señalados en los artículos 54 y 56.

También se negará la inscripción de aquellas listas de candidaturas pluripersonales que no incluyan un mínimo de treinta por ciento (30%) de mujeres como principales y de treinta por ciento (30%) de mujeres como suplentes.

ARTÍCULO 69. - (Candidaturas simultáneas).- Un mismo ciudadano no puede optar por dos o más candidaturas simultáneamente. De producirse el caso se anularán las candidaturas. Los tribunales provinciales comunicarán al Tribunal Supremo Electoral dentro de veinticuatro horas de aceptadas, las listas que hayan sido inscritas."

No obstantes, de conformidad con el artículo 15 del Régimen de Transición de la Constitución de la República, el Consejo Nacional Electoral, expidió la Codificación de la Normas Generales para las Elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, que, en lo que respecta las inscripciones de las candidaturas señaló lo siguiente:

"CAPÍTULO SÉPTIMO
Convocatoria a Elecciones y Calendario Electoral

Art. 42.- El proceso electoral se iniciará con la convocatoria que se realizará el 23 de noviembre de 2008, la misma que será publicada en el Registro Oficial y

difundida en diarios de circulación nacional, por medios electrónicos y mediante cadena nacional de radio y televisión.

Art. 43.- El Consejo Nacional Electoral, en la convocatoria para las elecciones, determinará:

a) Las fechas en que se realizarán la primera y segunda vueltas electorales, en el caso de elección de Presidente y Vicepresidente de la República;
b) Las demás dignidades que deban elegirse;
c) El período legal de las funciones de quienes fueren electos;
d) El día y hora de cierre de la presentación de las candidaturas;
e) Las fechas de inicio y de culminación de la campaña electoral;
f) La obligatoriedad de cumplir con los principios de equidad, paridad y alternabilidad entre hombres y mujeres, tanto de los candidatos principales como de los suplentes.

Art. 44.- Las organizaciones políticas y alianzas que participaron en la elección de asambleístas del 30 de septiembre de 2007 podrán presentar candidaturas.

Podrán también hacerlo otras organizaciones políticas con el auspicio de firmas que representen por lo menos el 1% del registro electoral de la jurisdicción. El Consejo Nacional Electoral entregará el formulario de recepción de firmas, que los interesados multiplicarán por su cuenta.

Art. 45.- La inscripción de candidaturas se hará ante los organismos electorales competentes; los candidatos deberán reunir los requisitos previstos en estas normas y no estarán comprendidos en las prohibiciones determinadas en el artículo 113 de la Constitución de la República.

Art. 46.- Las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes. Las listas se conformarán paritariamente con secuencia de mujer – hombre u hombre - mujer, hasta completar el total de candidaturas.

Las candidaturas de Presidenta o Presidente de la República y Vice-presidenta o Vicepresidente, Prefectos y Viceprefectos y Alcaldes Municipales, son candidaturas unipersonales.

Art. 47.- Las autoridades de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan.

Art. 48.- El período de gestión de los dignatarios electos con las normas del Régimen de Transición constitucional, se considerará el primero para todos los efectos jurídicos.

Art. 49.- Podrán ser candidatos de elección popular las y los ecuatorianos mayores de 18 años que se encuentren en goce de los derechos políticos, excepto para la candidatura a Presidenta o Presidente, Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, que cumplirán los requisitos determinados en los artículos 142 y 149 de la Constitución de la República.

Art. 50.- Son inhabilidades y prohibiciones para ser candidatas o candidatos a dignidad de elección popular las enumeradas en el artículo 113 de la Constitución de la República que son las siguientes:

1. Quienes al inscribir su candidatura tengan contrato con el Estado, como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas, siempre que el contrato se haya celebrado para la ejecución de obra pública, prestación de servicio público o explotación de recursos naturales.

2. Quienes hayan recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos sancionados con reclusión, o por cohecho, enriquecimiento ilícito o peculado.

3. Quienes adeuden pensiones alimenticias.

4. Las juezas y jueces de la Función Judicial, del Tribunal Contencioso Electoral, y los miembros de la Corte Constitucional y del Consejo Nacional Electoral, salvo que hayan renunciado a sus funciones seis meses antes de la fecha señalada para la elección.

5. Los miembros del servicio exterior que cumplan funciones fuera del país no podrán ser candidatas ni candidatos en representación de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, salvo que hayan renunciado a sus funciones seis meses antes de la fecha señalada para la elección.

6. Las servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción, y los de período fijo, salvo que hayan renunciado con anterioridad a la fecha de la

inscripción de su candidatura. Las demás servidoras o servidores públicos y los docentes, podrán candidatizarse y gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de sus candidaturas hasta el día siguiente de las elecciones, y de ser elegidos, mientras ejerzan sus funciones. El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas parroquiales no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes.

7. Quienes hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos de facto.

8. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo.

Art. 51.- La inscripción de candidatas y candidatos se receptará hasta las 18H00 del día 5 de febrero de 2009. Las candidaturas que se presenten en los formularios deben incluir los nombres y fotografías de las candidatas y candidatos principales y los nombres de los suplentes, junto con sus firmas de aceptación.

En todos los casos se hará constar el nombre y datos personales del responsable del manejo económico de la campaña junto con su firma de aceptación.

Art. 52.- La presentación de candidaturas para Presidenta o Presidente y Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, Asambleístas Nacionales y Representantes al Parlamento Andino, se realizará ante el Consejo Nacional Electoral por parte de quien ejerza la dirección nacional del partido político que auspicie la candidatura, o quien estatutariamente le subrogue; y en el caso de movimientos políticos quien tenga la representación legal del mismo.

Las candidaturas a asambleístas por las circunscripciones especiales del exterior podrán presentarse ante el Consejo Nacional Electoral o ante los Consulados Rentados del Ecuador, por parte de quien ejerza la dirección nacional del partido político que auspicie las candidaturas, o quien estatutariamente le subrogue; y, en el caso de movimientos políticos, quien tenga la representación legal del mismo. Podrá también hacerlo un apoderado designado para el efecto.

La presentación de candidaturas para las elecciones de asambleístas provinciales, alcaldesas o alcaldes, concejalas y concejales municipales, prefectas o prefectos y viceprefectas o viceprefectos; y, miembros de las juntas parroquiales rurales, se realizará ante la Junta Provincial Electoral correspondiente, por quien

ejerza la dirección provincial del respectivo partido político o por quien estatutariamente le subrogue; y, en el caso de candidatos de los movimientos políticos, será el representante legal del mismo o un apoderado designado para el efecto.

De producirse alianzas entre los sujetos políticos, la presentación se realizará en documento único que suscribirán los representantes de todos los aliados.

Art. 53.- Los organismos electorales negarán de oficio una inscripción de candidatura si no se presenta la documentación completa.

Art. 54.- Ninguna persona puede candidatizarse a más de una dignidad. Si eventualmente esto sucediera, perderá sin otra causal, toda opción a candidatura.

Art. 55.- El Consejo Nacional Electoral brindará el apoyo técnico y logístico a los partidos y movimientos políticos que lo requieran, para la organización y realización de sus procesos de elección interna o elecciones primarias de candidatos."

Asimismo, el Consejo Nacional Electoral, amparado en su facultad normativa, decidió expedir el Instructivo para Inscripción y Calificación de Candidaturas, que dispuso lo siguiente:

"Art. 5.- Trámite de inscripción de candidaturas:

1. La inscripción de candidaturas será hecha por los sujetos políticos, en los formularios elaborados por el Consejo Nacional Electoral y obtenidos en el organismo electoral correspondiente, previa petición escrita del representante legal de la organización política.

2. En dichos formularios se hará constar lo siguiente:

3. La aceptación de todos y cada uno de las candidatas y/o candidatos, debiendo constar obligatoriamente, nombres, apellidos, número de cédula de ciudadanía y firma de aceptación de la candidatura.

4. Declaración jurada de las candidatas o candidatos de no hallarse incursos en las prohibiciones e inhabilidades de la Constitución y la Ley.

5. Certificación del secretario o representante de la organización política, de que su designación se hizo de conformidad con sus estatutos, sus normas de organización, procesos electorales internos o elecciones primarias.

6. En caso de alianzas, los sujetos políticos aliados harán constar en el formulario de inscripción de candidaturas la declaración de conformación de la alianza y número de listas, suscrita por los representantes legales o quien los subrogue, indicando sus nombres, apellidos, número de cédula de ciudadanía y condición con la que concurren. Para el caso de los movimientos políticos que no tengan asignado su número, el organismo electoral correspondiente, asignará un número del registro electoral jurisdiccional una vez calificada la lista.

7. En las papeletas electorales, las organizaciones políticas aliadas mantendrán el orden establecido en el Formulario de Inscripción de Candidaturas; orden que no podrá ser modificado.

8. Las Organizaciones Políticas que participaron en la elección a la Asamblea Nacional del 30 de septiembre del 2007, no requieren la presentación del uno por ciento (1%) de firmas de adhesión.

9. Las Organizaciones Políticas que no participaron en las elecciones del 30 de septiembre del 2007, deberán presentar al menos el uno por ciento (1%) de firmas de adhesión de los ciudadanos y ciudadanas de la correspondiente circunscripción.

10. Las Organizaciones Políticas que no participaron en las elecciones a la Asamblea Nacional del 30 de septiembre del 2007 y que soliciten la inscripción de candidaturas en alianza con otra organización política, deberán obligatoriamente receptar el uno por ciento (1%) de firmas de adhesión, aun cuando su(s) aliada(s) haya(n) participado en la mencionada elección.

11. Una vez iniciado el período de inscripción de candidaturas el Movimiento Político que inscriba candidatas y/o candidatos deberá, en el mismo acto, solicitar la aprobación de nombre y símbolo. Los procedimientos y plazos para estos trámites serán los mismos que establecen las Normas Generales para las elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República para la calificación de candidaturas.

12. En el formulario de inscripción de candidaturas habrá un espacio en el lugar de cada candidata y/o candidato principal, en el que la candidata y/o

candidato podrá definir nombre(s) y apellido(s) con los que desea aparecer en la papeleta electoral. Los nombres escogidos deben ser los que constan en su cédula de ciudadanía. No se aceptará seudónimos, calificativos ni apelativos de la candidata y/o candidato, bajo ninguna circunstancia.

13. En el formulario constará la aceptación de las candidaturas y su ubicación en la lista."

2.- IMPUGNACIONES Y RECURSOS

En cuanto a la etapa de las impugnaciones y recursos la Ley Orgánica de Elecciones, vigente en ese entonces, establecía lo siguiente:

ARTICULO 95. – (Impugnación).- Procede la impugnación:

a) De las candidaturas presentadas para intervenir en las elecciones unipersonales y pluripersonales, por inhabilidades legales; y,

b) Del resultado numérico de los escrutinios electorales.

A la impugnación que se presentará ante el Tribunal Supremo Electoral o los tribunales provinciales electorales, según el caso, se adjuntarán las pruebas y documentos justificativos, sin los cuales no se aceptará su trámite.

No es obligatorio el anexar las copias de las actas de las juntas receptoras del voto.

De las impugnaciones presentadas sobre las candidaturas, se correrá traslado al impugnado, y al partido político u organización política a que pertenece, por un día y, con la contestación o en rebeldía, el Tribunal Supremo Electoral o Provincial, según el caso, resolverá dentro de cuatro días contados a partir de la notificación.

Las impugnaciones sobre los resultados numéricos podrán ser presentadas dentro del plazo de dos días desde la notificación y serán resueltas por el respectivo Tribunal dentro del plazo de dos días.

ARTÍCULO 96. - (Recurso de apelación).- El recurso de apelación procede en los siguientes casos:

a) De la aceptación o negativa de inscripción de candidatos;
b) De la declaración de nulidad de la votación;
c) De la declaración de nulidad de los escrutinios;
d) De la declaración de validez de los escrutinios y,
e) De la adjudicación de puestos.

Los partidos políticos por intermedio de su representante legal, nacional o provincial, las organizaciones políticas o los candidatos, podrán interponer el recurso de apelación en el plazo de dos días.

El Tribunal Provincial Electoral, de ser procedente, concederá el recurso dentro del día siguiente de su presentación.

El Tribunal Supremo Electoral resolverá los recursos de apelación interpuestos dentro del plazo de cinco días contados a partir del día en que avocó conocimiento del asunto, que no será mayor de diez días en el caso de las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, de representantes ante el Parlamento Andino, y en los casos de consulta popular y proceso de revocatoria del mandato; su resolución causará ejecutoría.

De no haber resolución en el plazo antes determinado, el recurrente tendrá derecho a presentar su reclamación ante el Tribunal Constitucional, el que establecerá un plazo perentorio que no podrá ser mayor a cinco días para que el Tribunal Supremo Electoral resuelva el asunto. Si el Tribunal Supremo Electoral no resolviera el recurso dentro del plazo indicado, el Tribunal Constitucional impondrá a los vocales del Tribunal Supremo Electoral la sanción de suspensión de los derechos políticos por un año.

ARTÍCULO 97. – (Recurso de queja).- El recurso de queja procede en los siguientes casos:

a) Por incumplimiento de la ley, los reglamentos y las resoluciones por parte de los tribunales provinciales electorales o del Tribunal Supremo Electoral; y,

b) Por las infracciones a las leyes, los reglamentos o las resoluciones por parte de los vocales de los tribunales provinciales electorales o del Tribunal Supremo Electoral.

Los partidos políticos, organizaciones políticas o los candidatos, podrán interponer el recurso de queja ante el Tribunal Supremo Electoral o ante el Tribunal Constitucional, según el caso, dentro del plazo de cinco días contados desde la fecha en que se cometió la infracción materia del recurso.

El Tribunal Supremo Electoral o el Tribunal Constitucional, en su caso, tendrá el plazo de quince días contados a partir de la fecha en que avocó conocimiento del asunto, para resolver sobre la queja interpuesta.

Este recurso servirá únicamente para que el organismo competente sancione a los vocales del Tribunal Provincial Electoral o del Tribunal Supremo Electoral, según el caso, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo anterior.

ARTÍCULO 98.– (Requisitos y procedimientos de notificación).- Todas las notificaciones que hagan el Tribunal Supremo Electoral y los tribunales provinciales electorales a los sujetos políticos, desde el momento de la convocatoria a elecciones hasta la adjudicación definitiva de puestos y entrega de credenciales, se realizarán a través de los casilleros electorales que tendrán en los diferentes tribunales.

Los casilleros de los partidos corresponderán al mismo número del partido político.

Los candidatos recibirán sus notificaciones respecto de las impugnaciones, recursos y quejas, en el casillero del partido al que pertenecen o, si se tratare de organizaciones políticas y candidatos independientes, en el casillero que les haya asignado el Tribunal.

En caso de alianza en candidaturas unipersonales, se notificará a todos los partidos y organizaciones políticas, que integran dicha alianza, en sus respectivos casilleros electorales.

El reglamento determinará los demás requisitos y procedimientos de notificación."

La normativa que se aplicó en el proceso de elecciones generales 2009, fue la expedida por el Consejo Nacional Electoral, constante en la Codificación de la Normas Generales para las Elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República, expedidas por el Consejo Nacional Electoral.

"Art. 59.- El recurso contencioso electoral de impugnación procederá contra:

a) La aceptación o negativa de inscripción de candidatos por parte del Consejo Nacional Electoral o de las Juntas Provinciales Electorales; y,

b) Los resultados numéricos que proclame el Consejo Nacional Electoral.

Art. 60.- Los sujetos políticos podrán interponer el recurso contencioso electoral de apelación, en los siguientes casos:

a. Declaración de nulidad de las votaciones;
b. Declaración de nulidad de los escrutinios;
c. Declaración de validez de los escrutinios;
d. Adjudicación de puestos;

El recurso se presentará ante el organismo electoral respectivo que remitirá el expediente debidamente foliado al Tribunal Contencioso Electoral en el plazo de veinte y cuatro (24) horas.

Art. 61.- El recurso electoral de queja procederá:

a) Por incumplimiento de las normas vigentes por parte de los Consejeros del Consejo Nacional Electoral, de los Vocales de las Juntas Provinciales Electorales y de los servidores del CNE; y,

b) Por infracciones de las normas vigentes por parte de los Consejeros del Consejo Nacional Electoral, de los Vocales de las Juntas Provinciales Electorales y de los servidores del CNE.

Los sujetos políticos podrán interponer el recurso contencioso electoral de queja dentro del plazo de cinco días contados desde la fecha en que tuvieron conocimiento de la comisión de la infracción o del incumplimiento materia del recurso.

Art. 62.- Las juntas provinciales electorales darán a conocer al Consejo Nacional Electoral las listas que hayan sido inscritas, en el plazo de veinticuatro horas (24) de haber sido calificadas.

Art. 63.- Las candidaturas a dignidades de elección popular, una vez inscritas son irrenunciables."

Es de destacar, también, dentro del presente estudio, la presencia de normativa jurídica expedida por el Tribunal Contencioso Electoral, constante en las Normas Indispensables para Viabilizar el Ejercicio de las Competencias del Tribunal Contencioso Electoral, respecto de las impugnaciones y los recursos:

SECCIÓN SEGUNDA
RECURSOS CONTENCIOSOS ELECTORALES
PARÁGRAFO PRIMERO
NORMAS COMUNES

Art. 12.- En el ámbito de las competencias atribuidas por el artículo 221 de la Constitución, el Tribunal Contencioso Electoral tiene jurisdicción para conocer los siguientes recursos contenciosos electorales:

1. Recurso contencioso electoral de impugnación.
2. Recurso contencioso electoral de apelación.
3. Recurso contencioso electoral de queja.

Art. 13.- Los recursos contencioso electorales que establece el artículo anterior podrán ser interpuestos únicamente por los sujetos políticos.

Se denominan sujetos políticos los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas electorales y los candidatos, quienes podrán actuar a través de sus representantes legales, apoderados o mandatarios especiales.

Art. 14.- Los recursos contenciosos electorales se interpondrán en el plazo de dos días contados desde la fecha de notificación de la resolución recurrida, salvo lo dispuesto para el recurso contencioso electoral de queja.

El Tribunal Contencioso Electoral se pronunciará por el mérito de lo actuado, con excepción de lo previsto para el recurso contencioso electoral de queja; de considerarlo necesario, el Tribunal podrá requerir actuaciones, documentos u otro tipo de información.

Todas las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral son definitivas; las partes podrán solicitar únicamente su ampliación o aclaración hasta el día siguiente a la fecha de su notificación. Transcurrido este plazo, la sentencia causará ejecutoria y deberá cumplirse inmediatamente.

Si se propusiera ampliación o aclaración, el Tribunal resolverá en el plazo de un día desde la recepción de la petición, luego de lo cual la sentencia quedará inmediatamente en firme.

Art. 15.- Ejecutoriada la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral que confirme los resultados numéricos para Presidente y Vicepresidente de la República, representantes al Parlamento Andino y asambleístas nacionales, o la adjudicación de puestos de los cargos de elección pluripersonal, o declare la validez de las votaciones o los escrutinios, se remitirá el expediente al Consejo Nacional Electoral para su ejecución.

Art. 16.- El Tribunal Contencioso Electoral asignará a los sujetos políticos una casilla contencioso electoral para notificaciones, previa petición expresa.

Parágrafo segundo
Recurso contencioso electoral de impugnación

Art. 17.- El recurso contencioso electoral de impugnación procederá contra:

a) La aceptación o negativa de inscripción de candidatos por parte del Consejo Nacional Electoral o de los organismos electorales desconcentrados;

b) Los resultados numéricos que proclame el Consejo Nacional Electoral, en el ámbito de sus competencias; y,

c) Las resoluciones de las organizaciones políticas en asuntos de carácter litigioso.

Art. 18.- Los sujetos políticos podrán interponer recurso contencioso electoral de impugnación de la aceptación o negativa de inscripción de candidaturas por parte del Consejo Nacional Electoral o los organismos electorales desconcentrados. En el caso de aceptación de la candidatura, el recurso sólo podrán interponerlo los sujetos políticos que hubieran previamente impugnado la candidatura o candidaturas en sede administrativa, con sujeción al respectivo procedimiento.

Art. 19.- Los sujetos políticos podrán interponer recurso contencioso electoral de impugnación de los resultados numéricos que proclame el Consejo Nacional Electoral, en el ámbito de sus competencias, incluidos los resultados de las circunscripciones del exterior.

El Tribunal Contencioso Electoral, al momento de resolver, sólo podrá pronunciarse sobre la existencia o no de error numérico y, en su caso, procederá a corregirlo y a establecer los resultados numéricos que correspondan.

Interpuesto el recurso contencioso electoral de impugnación, en cualquiera de los casos señalados en el artículo 17, el Consejo Nacional Electoral, los organismos electorales desconcentrados o las organizaciones políticas, remitirán el expediente íntegro en el plazo máximo de veinticuatro horas. En caso de que no remitan el expediente completo o incumplan el plazo previsto, el Tribunal Contencioso Electoral los sancionará, según la gravedad de la falta, conforme a la ley.

Art. 20.- El Tribunal Contencioso Electoral resolverá los recursos contencioso electorales de impugnación contra la aceptación o negativa de inscripción y contra las resoluciones de las organizaciones políticas sobre asuntos litigiosos, en el plazo de siete días contados a partir de la recepción del expediente.

En el caso de los recursos presentados contra la proclamación de resultados numéricos, el Tribunal fallará en el plazo máximo de cinco días desde la recepción del expediente.

Art. 21.- Ejecutoriada la sentencia que dé fin al recurso contencioso electoral de impugnación, el Tribunal Contencioso Electoral remitirá el expediente al Consejo Nacional Electoral o al organismo electoral desconcentrado para su estricto e inmediato cumplimiento.

Parágrafo tercero
Recurso contencioso electoral de apelación

Art. 22.- El recurso contencioso electoral de apelación procederá en los siguientes casos:

a) Declaración de nulidad de las votaciones;
b) Declaración de nulidad de los escrutinios;
c) Declaración de validez de los escrutinios; y,
d) Adjudicación de puestos.

Art. 23.- Las resoluciones adoptadas por el Consejo Nacional Electoral y los organismos electorales desconcentrados, en los casos establecidos en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso contencioso electoral de apelación para ante el Tribunal Contencioso Electoral.

El Consejo Nacional Electoral y los organismos electorales desconcentrados remitirán de manera imperativa el expediente íntegro al Tribunal Contencioso Electoral, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación del recurso. Una vez recibido el expediente, el Tribunal, avocará conocimiento, calificará el recurso y lo admitirá o inadmitirá al trámite, según el caso.

Los recursos se resolverán dentro de los siete días siguientes a la recepción del expediente cuando se interponga por la causal contemplada en la letra a) del artículo 22. En los casos en que se apele la adjudicación de puestos, o la declaración de nulidad o validez de los escrutinios, el Tribunal deberá pronunciarse en el plazo máximo de cinco días a partir de la recepción del expediente.

Art. 24.- Cuando el Tribunal Contencioso Electoral declare la nulidad del escrutinio de las elecciones efectuadas en una provincia, cantón, parroquia u otra circunscripción electoral, dispondrá que el Consejo Nacional Electoral realice de inmediato un nuevo escrutinio.

Si de la nulidad de las votaciones de una o más parroquias dependiera el resultado definitivo de la elección, de manera que una candidatura se beneficie en detrimento de otra u otras, el Tribunal Contencioso Electoral dispondrá al Consejo Nacional Electoral que dentro de los diez días siguientes se repitan las elecciones en la parroquia o parroquias cuya votación o votaciones fueron anuladas.

Parágrafo cuarto
Recurso contencioso electoral de queja

Art. 25.- El recurso contencioso electoral de queja procederá:

a) Por incumplimiento de las normas vigentes, por parte de los vocales del Consejo Nacional Electoral o de los organismos electorales desconcentrados; y,

b) Por infracciones a las normas vigentes, por parte de los vocales del Consejo Nacional Electoral o de los organismos electorales desconcentrados.

Art. 26.- Los sujetos políticos podrán interponer el recurso contencioso electoral de queja ante la Presidenta o Presidente del Tribunal Contencioso Electoral, dentro del plazo de cinco días contados desde la fecha en que tuvieron conocimiento de la comisión de la infracción o del incumplimiento materia del recurso. El escrito de interposición del recurso contencioso electoral de queja se acompañará de las pruebas con que cuente el actor, y deberá incluir la enunciación de aquellas que se proponga rendir.

La Presidenta o Presidente del Tribunal Contencioso Electoral tendrá el plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que conoció el recurso. El fallo de la Presidenta o Presidente podrá ser apelado para ante el Tribunal Contencioso Electoral en pleno, en el plazo de dos días desde la notificación de la sentencia. En estos casos, el Tribunal en pleno deberá pronunciarse sobre el mérito de lo actuado, dentro de los cinco días desde la recepción de la apelación.

En su resolución, de considerarlo pertinente, la Presidenta o Presidente, o el Tribunal Contencioso Electoral en pleno, podrán sugerir a la Asamblea Nacional el enjuiciamiento político del miembro o los miembros del Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con lo previsto en la Constitución.

I.- c) LOS ÓRGANOS DESCONCENTRADOS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: JUNTAS PROVINCIALES ELECTORALES Y DELEGACIONES PROVINCIALES.

El Consejo Nacional Electoral, mediante resolución PLE-CNE-2-14-1-2009, y amparado en el Art. 219 de la CR, y el Art. 15 del Régimen de Transición donde se encuentran determinadas las potestades no sólo reglamentarias, sino también normativas sobre los asuntos de su competencia, con el fin de viabilizar la aplicación del nuevo ordenamiento constitucional, expidió el REGLAMENTO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LAS JUNTAS PROVINCIALES ELECTORALES, SECRETARIOS, DIRECTORES Y COORDINADORES PROVINCIALES DE LAS DELEGACIONES DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.

De conformidad con este reglamento, las Juntas Provinciales Electorales tendrán la facultad de administrar los actos jurídico–políticos del proceso electoral, deberán también controlar y supervisar su organización y avance. Y en sus atribuciones constan: a) participar junto al Director y coordinadores provinciales en la planificación del proceso electoral en su jurisdicción, así como proponer iniciativas para la buena marcha del proceso; b) calificar las candidaturas de su jurisdicción; c) Realizar los escrutinios de los procesos electorales en su jurisdicción, así como los atinentes a comicios de carácter nacional; d) proclamar resultados y adjudicar puestos; e) designar a los integrantes de las Juntas Intermedias de escrutinio y de las Juntas Receptoras del Voto de su jurisdicción; f) conocer y resolver en sede administrativa las impugnaciones presentadas a su conocimiento sobre la calificación de

candidaturas, los resultados numéricos y la adjudicación de escaños; y, en el caso de los recursos electorales organizar el expediente y remitirlo debidamente foliado al Tribunal Contencioso Electoral dentro del plazo de dos días contados a partir de la presentación.

El Director/a de la Delegación Provincial será quien ejercerá la representación legal de dichos organismos en el ámbito de su jurisdicción. Y cumplirán las funciones de autoridad nominadora.

I.- D) EL DATO ELECTORAL EN LAS ELECCIONES 2009, EN SU CORRESPONDENCIA CON LA REPRESENTACIÓN Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Con el fin de efectuar un análisis al dato electoral se ha tomado como referencia el enfoque de cinco regiones propuesto por Rafael Quintero en su libro "Entre el Hastío y la Participación"[66], donde, además, analiza la tipología de los partidos, movimientos de acción electoral, y de las regiones electorales y manifiesta que la "tradición ... para optar por una clasificación *operacional* que supone ... un eje de oposición capital trabajo en la sociedad"[67], le permite ordenar a los partidos y movimientos de acción electoral[68] estableciendo que son 14 partidos, 163 movimientos de acción electoral y 177 alianzas todos ellos enmarcados en cuatro tendencias: izquierda, centro izquierda, centro derecha y derecha.

Esta clasificación operacional, como bien lo indica Quintero, y así se protege de las objeciones que se le presentan a su análisis con un argumento débil, al señalar que dicha clasificación solo funciona de manera coyuntural, es decir, sólo se refleja para el momento electoral analizado.

Para el análisis se ha tomado como muestra referencial la elección parlamentaria y dentro de ella las votaciones que son la mayor y la menor.

---

[66] Rafael Quintero, Entre el hastío y la participación ciudadana. Partidos y Elecciones en el Ecuador (2000-2002) Editores: ildis friedrich ebert stiftung / abya yala 2002

[67] Ibidem pag. 31

[68] Recordemos que la información que consta en el el libro de Quintero se refiere al proceso eleccionario 2000-2002

4.2. ANALISIS DESCRIPTIVO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

Para el presente análisis se toma como ítem de referencia las sentencias dictadas por el Tribunal Contencioso Electoral[69] las mismas que se han agrupado en los siguientes temas:

1. Principios constitucionales y la teoría de la democracia deliberativa
2. Democracia y diseño institucional electoral
3. Inscripción de nuevos movimientos o partidos políticos y de candidaturas.
4. Proceso Electoral.
5. Acciones de Protección y Amparo Electoral.
6. Recursos Contencioso Electoral

El análisis se hará en tomando como base dichas sentencias y se confrontara con las teorías de la democracia deliberativa aplicados al ámbito electoral.

Cabe resaltar que en las sentencias dictadas por el Tribunal Contencioso Electoral se analizó la naturaleza jurídica de la administración de justicia electoral:

"…este Tribunal, como ha dejado establecido en sentencias anteriores (Causa No. 003-2009) "está llamado a restablecer derechos", en atención a su función garantista de los derechos de participación, razón por la cual no puede denegar el acceso a la justicia cuando, en un asunto como la inscripción de candidatos, la negativa de dicha inscripción puede operar de hecho, a través del impedimento físico y material de la recepción de la documentación pertinente para proceder a la calificación de una candidatura. Queda claro que el espíritu de la norma es la tutela del derecho a ser elegido, derecho para cuyo ejercicio se requiere formalmente el acto previo de presentación y posterior calificación e inscripción de las candidaturas. No cabe, por tanto, alegar la falta de resolución para no dar trámite al presente recurso, pues se vulnerarían así los derechos de acceso a la justicia, protección judicial y tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas, consagrados en los artículos 75 y 426

[69] Las sentencias sometidas al presente análisis se extrajeron de la pagina Web del Tribunal Contencioso Electoral cuyo link es www.tce.gov.ec.

inciso tercero de la Constitución y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en concordancia con el principio de aplicación de los derechos contenido en el artículo 11 numeral 3 inciso tercero de la misma Carta Magna, normas éstas que precisamente sustentan la actividad de este Tribunal en su calidad de garante del derecho a elegir y ser elegido que establece el artículo 61 numeral uno de la Constitución.". (Sentencia No. 007-2009).

"El Tribunal Contencioso Electoral es el órgano jurisdiccional de la Función Electoral, encargado de administrar justicia como instancia final en materia electoral, con el objetivo de garantizar los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía, de conformidad con lo establecido en los artículos 217 y 221 del Constitución del Ecuador.". (Sentencia No. 073-2009).

4.3. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL RESPECTO A ASPECTOS VINCULADOS A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA TEORIA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.

Queremos reconocer si la democracia deliberativa está o no presente en el accionar de la administración de justicia electoral, para lo cual procedemos a efectuar un análisis a la CR, los principios electorales frente a la teoría de la democracia.

1.- Aplicación directa de la Constitución

"…no puede condicionarse la inscripción de la candidatura del señor Alberto Alexander Zambrano Chacha, a que previamente cumpla con lo previsto en el último inciso del artículo 53 de la Ley Orgánica de Elecciones, esto es, que haya subrogado durante un año en el cargo de Prefecto de la Provincia de Orellana, o que haya renunciado al cargo que actualmente desempeña, requisitos o condicionantes que serían contrarios a los dispuesto por el antes transcrito artículo 114 de la Constitución de la República, más aún cuando el artículo 426 de la Constitución, manda a las autoridades judiciales y administrativas a aplicar directamente las normas constitucionales, aunque las partes no las invoquen expresamente.". (Sentencia No. 006-2009).

"En la resolución recurrida, la JPEA excede sus competencias y facultades al proceder a interpretar, más allá del sentido literal y manifiesto de la

norma, que ante la presentación de una impugnación en sede administrativa correspondía al Movimiento "POR TÍ CUENCA" subsanar oficiosamente los errores y omisiones, sin que medie el pronunciamiento previo de la Junta que rechace de oficio las listas, señale dichos errores y otorgue el correspondiente plazo de veinte y cuatro horas. Para mayor gravedad, la Junta procede a interpretar que el plazo de veinte y cuatro horas para subsanar los errores podía contarse a partir de la notificación de la impugnación, consideración que no tiene sustento jurídico alguno, y limita, contra norma expresa, los derechos de participación política…". (Sentencia No. 038-2009).

"b) Este Tribunal considera que las disposiciones constitucionales no pueden ser meros enunciados o principios declarativos sino que deben ser aplicables y aplicados, lo que comprende la fuerza normativa de la Constitución, que implica además, que cada órgano del poder público debe ejercer sus competencias en el marco de la Carta Fundamental. c) La Constitución establece un diseño institucional para cada organismo señalando deberes, funciones y atribuciones con sujeción a las normas legítima y legalmente dictadas. El Derecho objetivo no crea los derechos sino que los reconoce y organiza su ejercicio para evitar arbitrariedades o excesos; en el ámbito específico, la Constitución otorga al Consejo Nacional Electoral, las atribuciones de organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales…". (Sentencia No. 069-2009).

2.- Tutela Judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución

"…dicha junta debió remitir el expediente completo, incluida la Resolución por la que niega el derecho de impugnación de los recurrentes –la cual no consta- al Consejo Nacional Electoral, cometiendo un error al remitirlo al Tribunal Contencioso Electoral. No obstante es deber fundamental del Tribunal Contencioso Electoral el garantizar la tutela efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y la ley cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad. En este sentido, fundamentado en el principio de proporcionalidad con el que debe actuar en la tramitación de los procesos y en la toma de sus decisiones, el Tribunal – como en anteriores ocasiones lo ha hecho- considera que es necesario subsanar el error cometido por la Junta Provincial Electoral de Manabí y a tal efecto remite el expediente al Consejo Nacional Electoral para que proceda conforme a sus competencias.". (Causa No. 560-2009).

3.- Reserva de Ley

"…por el principio de reserva de ley la Constitución reconoce que un asunto posee una trascendencia tal que únicamente puede regularse a través de una norma legal que para su expedición requiere atravesar un procedimiento específico –el procedimiento legislativo- que establece las personas, las formas y las materias en las que procede el inicio de un proceso legislativo, debate, deliberación, escrutinio público, sanción presidencial y de existir veto por razones de inconstitucionalidad, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, lo que se denomina el control previo de constitucionalidad de las normas jurídicas. En este sentido, la calificación de una conducta como infracción y la consecuente determinación de la sanción correspondiente, no pueden ser ejercidas por otro órgano que no sea la Asamblea Nacional, a través del trámite correspondiente. La reserva de ley para la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones constituye una garantía normativa que a su vez limita la facultad sancionadora del Estado a fin de evitar arbitrariedades por parte del poder público, en contra de las ciudadanas y ciudadanos. En esta materia, por las características peculiares de los procesos electorales; por la necesidad de actuar inmediatamente para garantizar un proceso transparente y en condiciones de igualdad para todos los sujetos políticos, existen medidas administrativas de control y ejecución inmediata, frente a una conducta que pueda impedir el normal desarrollo del proceso, así como la suspensión de actuaciones que pudiesen violar derechos de terceros.". (Sentencia 088-2009; y, 474-2009).

4.- Certeza electoral

"Poner en peligro la certeza electoral despierta la alerta social y suspicacias de sectores que podrían verse ilegítimamente beneficiados por eventuales defraudaciones a la pureza de la voluntad popular, todo lo cual se opone a los objetivos propios de los mecanismos de democracia representativa, previstos en la Constitución y al rol garantista de la Función Electoral.". (Causa No. 404; y, 544-553-2009).

5.- Competencia

"…El Tribunal Contencioso Electoral tiene competencia para garantizar todo lo referente al ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía, lo que lo convierte en un órgano jurisdiccional con competencia privativa para

conocer todo lo pertinente a la legalidad y constitucionalidad de los asuntos sometidos a su conocimiento en materia electoral…" (Sentencia No. 080-2009).

"…las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, al aplicar la norma jerárquicamente superior deberá tener en cuenta, también, el principio de competencia que claramente en asuntos electorales remite a la competencia privativa, en razón de la materia, de la Función Electoral y por tanto tal aplicación implica no solamente la aplicación de lo dispuesto en la Constitución, sino también de aquello que conste en la Ley Orgánica de Elecciones y en las demás leyes conexas…". (Sentencia No. 080-2009).

"La competencia para sancionar vulneraciones de normas electorales es atribuida por la Constitución exclusivamente al Tribunal Contencioso Electoral (…) es este Tribunal el encargado de sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda y gasto electoral. La expresa previsión constitucional no deja lugar a dudas: el Consejo Nacional Electoral tiene en materia de propaganda electoral la competencia para controlar, ejecutar y administrar, mas nunca para sancionar, puesto que esta atribución se asigna de forma privativa al Tribunal Contencioso Electoral.". (Sentencia No. 082; y, 474-2009).

"… si aplicamos los criterios de interpretación gramatical, sistemático y teleológico, llegamos a la conclusión que lo que se busca es garantizar la igualdad de oportunidades de quienes están llamados a elegir, pues no puede concebirse que un ciudadano o ciudadana se encuentre en una situación de superioridad con los demás competidores de una contienda electoral y que al mismo tiempo se pueda engañar a los electores. (…) Tampoco se puede sostener que como ya fue calificada la lista de candidatos, la misma se encuentra firme y es inamovible, cuando como señalamos, la finalidad es sancionar a la candidata o candidato que pretende burlar no solo la voluntad de los sujetos políticos que postulan su candidatura, sino impedir que se burle la voluntad del elector y de los demás candidatos que pugnan por ser elegidos y que cumplen a satisfacción con los requisitos normativos.". (Sentencia No. 091-2009).

"…en caso de cualquier recurso presentado para ante el Tribunal Contencioso Electoral, corresponde a las Juntas Provinciales Electorales únicamente foliar el expediente en cuestión y remitirlo de forma inmediata al

Tribunal Contencioso Electoral, dentro del plazo que establecen las normas respectivas, sin realizar ninguna otra consideración; bajo ninguna circunstancia puede una Junta Provincial atribuirse la potestad de calificar la procedencia o no de un recurso contencioso electoral o de decidir cuál es la verdadera naturaleza del recurso cuando éste se ha interpuesto para ante este Tribunal, pues dichas funciones son de competencia exclusiva del Tribunal Contencioso Electoral, por mandato de la Constitución de la República.".(Causa No. 024-Q-2009).

"…las Juntas Intermedias de Escrutinio constituyen una mera instancia de gestión, sin capacidad para emanar actos de autoridad…". (Causa No. 548-2009).

"…en las actuaciones administrativas es procedente que el órgano que emite el acto, pueda ampliar o enmendarlo, si no afecta intereses de las partes…". (Causa No. 553-544-2009).

"…el recurso contencioso electoral de impugnación procede, 'respecto de los resultados numéricos que proclame el Consejo Nacional Electoral, en el ámbito de sus competencias', es decir, de los resultados numéricos de la elección de Presidente de Vicepresidente, Asambleístas Nacionales y representantes al Parlamento Andino, así como de las dignidades que se eligen en el exterior; sin embargo no procede respecto de los resultados numéricos de la elección de Alcaldes…". (Causas Nos. 352-2009; 358-2009; 396-2009; 399-2009; 425-2009; 428-2009; 433-2009; 507-2009; 529-2009; 563-2009; 568-2009; 574; y, 577-2009).

6.- Definitividad de los actos electorales

"…cabe remitirse al principio de definitividad de los actos electorales, por el cual se da a todo proceso electoral la característica de firmeza que implica de definitividad del acto que puede adquirir por disposición legal o transcurso de la etapa procesal, al tratarse de actos que de no ser impugnados en otra etapa (…) resulta jurídicamente imposible llevar a cabo una impugnación posterior.". (Causa No. 15Q-2009).

7.- Inelegibilidad

"…se analiza el sufragio pasivo que consiste en el derecho individual a ser elegible y a presentarse como candidato en las elecciones para cargo público. De

ello se infiere que será democrático el sufragio pasivo en la medida en que todos los ciudadanos y ciudadanas (no solo la minoría) tienen (cumpliendo determinados requisitos que no vulneren el principio de igualdad) la oportunidad de ejercerlos. En el presente caso no han cumplido los requisitos, y, de pretender ser recalificado no solamente se atenta al principio de inelegibilidad sino que se está vulnerando el principio de igualdad. (…) La 'segunda inscripción' realizada por los candidatos inhabilitados, atenta contra los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. De haber permitido la ley electoral la posibilidad de aceptar reinscripciones nos veríamos avocados a un proceso de rectificaciones interminables que violarían el derecho de participación, el principio de celeridad y la garantía del debido proceso que forman parte de la justicia electoral ecuatoriana.". (Sentencia No. 078-2009).

8.- Informalidad

El Art. 169 de la Constitución expresa que "no se sacrificara la justicia por la sola omisión de formalidades"

"…si bien el recurrente hace referencia al recurso de apelación, no es menos cierto que el mismo se le denomina en la normativa jurídica de este Tribunal como "recurso de impugnación"; situación que en todo caso no genera consecuencia jurídica alguna, por el principio de informalidad a favor del administrado.". (Sentencia No. 003-2009; 544-553- 2009).

9.- Iura Novit Curia

En el numeral 3 del art 11 de la constitución se establece que "…serán de directa e inmediata aplicación por ante cualquier servidor administrativo o judicial de oficio o a petición de parte."

"…si bien los juzgadores estamos vinculados por las partes, las peticiones formuladas y los hechos alegados a través del 'petitum', no lo estamos por los fundamentos jurídicos que invocan los recurrentes, de manera que tenemos soberanía para elegir la norma que reputemos adecuada para la resolución del proceso, pudiendo fallar, tomando en consideración ciertas normas o ninguna de ellas, sin cometer por ello incongruencias en virtud del principio del 'iura novit curia'…". (Sentencia No. 057-2009).

"en virtud del principio iura novit curia que tiene íntima relación con el principio de suplencia de la deficiencia de la queja en la fundamentación jurídica,

se procede a corregir el error del impugnante y a elegir la norma que se repute adecuada para la resolución del proceso…". (Causa No. 19-26-Q-2009).

10.- Motivación

Literal l) del numeral 7) del artículo 76 de la CR que expresa: "las resoluciones de los poderes públicos debe ser motivada"

"…constituye la principal fuente de control del ejercicio de poder público ejercido por los jueces y autoridades. Su finalidad es evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad; en otras palabras, podríamos señalar que la motivación es un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico que consiste en un conjunto de razonamientos en los que el juez o la jueza, o la autoridad pública, apoyan su decisión. En este sentido, compartimos que la motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica…". (Sentencia No. 082-2009).

"…la falta de motivación se da cuando se omite por completo normas o principios jurídicos en que se fundamenta o de la explicación de su aplicación a los antecedentes de hecho, como cuando existe una fundamentación insuficiente o absurda, o si finaliza con una conclusión arbitraria.". (Sentencia No. 538-09).

"…la resolución se encuentra absolutamente motivada y cumple con los requisitos de ser clara, expresa, completa, legítima y lógica, por lo que se la considera válida en aplicación del método de la supresión o inclusión mental hipotética, según la cual, un organismo o un punto será decisivo y, por consiguiente esencial, cuando, si mentalmente se lo suprime o incluye, la conclusión es necesariamente distinta y la sentencia será inválida o nula en la medida de la influencia del vicio." (Causa 478 -457-2009).

"…la Resolución la cual (sic) se solicita la nulidad, ha sido adaptada en estricto respeto a los derechos de protección consagrados en la Constitución de la República y, en particular, analizó todos los puntos del litigio, determinando en todos los casos la adecuación de los hechos señalados por el recurrente al derecho vigente, y se apoyó, adicionalmente, en el informe de la Dirección de Asesoría Jurídica, en donde se realiza un análisis detallado de la controversia, con la mención pormenorizada de fundamentos de hecho y de derecho en lo que se apoya, cuanto más que de autos consta que las inconsistencias numéricas ya habían…". (Causas Nos. 507- 2009; 551-2009; 573-2009; 574-2009; 594-2009; y, 580-2009).

"…al aprobar el informe de la Dirección de Asesoría Jurídica del CNE, lo vuelve parte integrante de su resolución…". (Causa No. 544-553-2009; 565-2009).

11.- Preclusión

"…resulta improcedente que la recurrente pretenda retrotraer el proceso electoral a una etapa que ya precluyó, cuando no ejerció sus derechos de forma oportuna…". (Causa No. 589-2009).

12.- Presunción de validez de los actos de autoridad electoral

"La presunción de validez y legitimidad de la que gozan las actuaciones de los organismos administrativos de la Función Electoral, tiene como efecto principal la imposición de una fuerte carga probatoria que pesa sobre quien pretendiese desvirtuar dicha presunción. En este sentido, no basta con afirmar la existencia de un supuesto fraude o alteración de actas para alcanzar la convicción razonable del juzgador, es indispensable que es asevero probatorio sea capaz de demostrar objetivamente la causal invocada.". (Sentencia No. 007-2009; 547-2009; 572-2009; 600-2009).

"El proceso de verificación establecido a través de esta dependencia técnica está atribuida de la presunción de validez y corrección, razón por la que, no puede ser materia de objeción.". (Sentencia No. 010-2009; 539-2009; 551-2009; y, 554)

13.- Publicidad

"La publicidad de las normas, constituye otro de los principios constitutivos del derecho a la seguridad jurídica y del debido proceso. Con ello se busca que todos los habitantes del Ecuador tengan conocimiento del contenido de las normas dotadas de poder coercitivo. Este principio se encuentra íntimamente unido al principio de irretroactividad de las normas jurídicas que debe ser entendida como la prohibición de legislar ex profeso y con ello, evitar eventuales abusos por parte de la autoridad pública. Así, la Constitución de la República ordena que las leyes aprobadas y promulgadas deberán ser publicadas en el Registro Oficial…". (Sentencia 088-2009).

14.- Seguridad Jurídica

Artículo 82 de la CR hace referencia a la seguridad jurídica.

"El principio de seguridad jurídica, que es principio universal del Derecho Público conforme al cual, todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica. En tal virtud es parte inherente del Estado constitucional de derecho y justicia social, pues en él, el poder tiene sus fundamentos y límites en las normas jurídicas constitucionales.". (Sentencia No. 008-2009).

"La fe pública tiene por finalidad dar seguridad jurídica a los actos administrativos o procesales en cuya virtud se establece la presunción de veracidad de las actuaciones que suscribe la secretaría o secretario quien es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos (…) la fe pública se verifica en documentos o actos procesales en los que se deje constancia de la autenticidad e integridad de lo descrito, emitido o recibido, no en el sentido de la comprobación de constitucionalidad de legalidad del documento o acto; dicha forma sí les otorga a los documentos o actos la formalidad debida respecto a quien los emite, lugar, fecha e integridad de su contenido, como la certeza necesaria para dejar instituida cuál de la declaración de la autoridad." (Causa No. 021-Q-2009).

15.- Transparencia

"…en todo sistema democrático dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, debe estar vigente el principio de publicidad o transparencia de la actuación en materia electoral, tanto de los órganos electorales como de los particulares, lo cual implica la posibilidad de que todo interesado tenga acceso a la información generada por el Consejo nacional Electoral y sus organismos electorales desconcentrados, en todas las etapas de conformación, organización, actuación y funcionamiento del proceso electoral, caso contrario dicho proceso generaría desconfianza e incertidumbre.". (Causa No. 19-26-Q-2009).

16.- Unidad electoral

"El principio de unidad del acto electoral supone que no es conveniente la realización de elecciones parciales asincrónicas, pues no es bueno

que unos electores manifiesten su criterio en base del conocimiento de la opinión de otros. Además la repetición de una elección no garantiza las mismas condiciones en las que fueron realizadas las primeras votaciones y ubica de modo inevitable a los sujetos políticos y a las personas con derecho al voto en situación distinta (…) del mismo principio de unidad del acto electoral, se establece que el acto electoral –las elecciones- constituyen un todo integrado por varias etapas, que no se limitan únicamente al hecho de depositar un voto en la urna, sino que incluyen la instalación y apertura de las votaciones y todo el proceso del conteo de votos (…) El proceso electoral no solo se remite a la convocatoria a elecciones y al acto de votaciones, sino que comprende también escrutinios, proclamación de resultados y adjudicación de puestos.". (Sentencia 128- 2009).

"El proceso electoral está compuesto por una serie de actuaciones que tienen trascendencia jurídica electoral, y el control a tal proceso equivale, esencialmente, a garantizar que tal proceso se haya llevado con apego a la normativa electoral vigente, de tal forma que, esta labor de control se puede manifestar de –modo negativo- detectando irregularidades ,poniéndolas de manifiesto o sancionándolas.". (Causa No. 022-Q-2009).

4.4. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL RESPECTO A ASPECTOS VINCULADOS CON LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y EL DISEÑO INSTITUCIONAL ELECTORAL APLICADO, EN LAS ELECCIONES 2009.

El Tribunal Contencioso Electoral, enfocado en sus atribuciones, aplicó lo establecido en la normativa vigente en el Régimen de Transición para las elecciones 2009. En este marco jurídico encuadró su accionar en los derechos constitucionales vigentes en la CR, que, según la Corte Constitucional para la transición se encuentra inserta, junto con otras constituciones latinoamericanas, en la neoconstitucionalista, esto es, garantista de los derechos de los ciudadanos. Razón por la cual procederemos a enmarcar las sentencias del Tribunal en los aspectos medulares de los derechos de los ciudadanos en el ámbito electoral.

1.- DERECHO DE PARTICIPACIÓN.-

En sentencias del Tribunal Contencioso Electoral se planteó, como fundamentación jurídica, que las mismas se sujetan a los derechos

constitucionales que se debían aplicar al ámbito electoral, como son, el derecho de participación y el derecho a la igualdad.

Así, la Acción Afirmativa se constituye en una medida de protección, que supone una discriminación positiva, y que tiene como única finalidad la reparación de prácticas sociales discriminatorias en contra de ciertos grupos, por razones de raza, género, religión, etc. El principio de no discriminación, consagrado en la concepción formal de la igualdad, mejor conocida como igualdad ante la ley, impone al Estado la obligación de mantenerse neutral, de no hacer distinciones arbitrarias; la Acción afirmativa, por otro lado, busca reparar las injusticias perpetradas en contra de los grupos vulnerables, contra quienes se genera violencia que resquebraja y vulnera sus derechos humanos, al restringirse la capacidad de la persona para el goce y ejercicio de las libertades y derechos que le corresponden, por el mero hecho de ser persona.

La CR recoge en los arts. 11, numeral segundo, inciso tercero y 65, numeral segundo, la acción afirmativa como un recurso para que, quienes se sientan relegados, puedan hacer valer sus derechos.

"…el principio de soberanía popular y el principio democrático dentro del Estado Constitucional viene a superar las contradicciones que existían en el modelo del Estado liberal clásico y el modelo de la prevalencia del legislador a través de la ley, consecuentemente a través de la vigente Constitución de la República los causes de participación ciudadana en los procesos de decisión estatal (sufragio universal) conllevan a que se organicen los poderes públicos democráticamente, lo que significa que no solo se positivizan y garantizan los derechos, sino que se genera una conexión entre democracia y derechos, donde los criterios de interpretación de los derechos políticos hacia otros derechos y libertades de la persona, deben ser dirigidos al proceso de conformación de la voluntad política individual y colectiva (libertad de expresión, asociación, reunión, opinión pública, libertad de creencia (pluralismo ideológico, etc), significa entonces que con respecto a estos y otros derechos de libertad, los derechos políticos en cuanto a su interpretación no se agotan en la dimensión individual de la persona, sino en la configuración del sistema político en su conjunto, por ende el interés individual debe ponderarse con el interés público…"[70].

[70] Sentencia No. 020-2009

"…en un régimen democrático, se debe salvaguardar la expresión de la voluntad general y no otra cosa que el proceso electoral, por ello, la norma legal impide que este pueda ser vulnerado, obstaculizado o interferido, por ninguna persona, no se diga como en el caso presente por una autoridad que en razón de de su función y como servidor público es conocedor especializado del ordenamiento jurídico y como tal está calificado para comprender plenamente las consecuencias jurídicas de sus acciones jurisdiccionales.". (Sentencia No. 080-2009).

2.- DERECHO A LA IGUALDAD

"…nos permitimos coincidir con el criterio de la Corte Constitucional de Colombia que ha desarrollado el test de la igualdad, que permite determinar si el acto diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima, para lo cual ha desarrollado 5 pasos:

1) En primer lugar, que las personas se encuentren en distintas situaciones de hecho, es decir, si el trato diferente es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación inadmisible, lo cual no sucede en el presente caso, al contrario, el recurrente se encuentra en una posición privilegiada al mantener un contrato con el estado para beneficiarse de la concesión de una frecuencia a través de la operación de un medio de comunicación, por tanto, al tenor de los dispuesto en el Art. 113 numeral 1 de la Constitución es legítima y constitucional la restricción; 2) El trato distinto que se les otorga tenga una finalidad concreta, pero esta finalidad tiene que tener por objeto permitir la igualdad material de quienes se encuentran en un posición de inferioridad, lo cual tampoco sucede en este caso; 3) Que dicha finalidad sea razonable, vale decir admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; 4) El supuesto de hecho entre –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí, o , lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; 5) Que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que, la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que lo justifica.'."[71].

[71] Sentencia TCE No. 020-2009

"…acción afirmativa hace referencia a aquellas actuaciones normativas o políticas positivamente dirigidas a reducir o, idealmente, eliminar las prácticas discriminatorias en contra de sectores históricamente excluidos como las mujeres o algunos grupos étnicos o raciales…"[72]

"…debe darse el sentido obvio que en este caso corresponde a organizaciones políticas, por tanto, debe darse cumplimiento al 'Instructivo para la Recolección, Validación y Verificación de Firmas de adhesión...' que consagra requisitos, exigencias y procedimiento de validación de firmas, tanto para Partidos Políticos como para Movimientos Políticos que no participaron en las elecciones de Asambleístas, caso contrario, y de ser aceptado el argumento de los que han impugnado la resolución de la Junta Provincial, se estaría generando un discrimen al excluir de las exigencias de los medios magnéticos para validar las firmas a los Partidos Políticos que no participaron en las elecciones de asambleístas, como también generaría un discrimen la exigencia del 1% de firmas a los Movimientos Políticos Nacionales que no participaron en las elecciones para asambleístas. Por lo expuesto, el reclamo de los recurrentes no es procedente."[73]

"Esta regulación [Art. 15 de la Constitución de la República] no tiene otro propósito que precautelar que aquellos sujetos políticos que contaren con posiciones favorables para promocionar sus propuestas políticas no adquieran ventajas injustificadas en cuanto a su afán de alcanzar la aceptación ciudadana, en perjuicio de aquellos sectores que no se encuentran en idéntica o similar situación.". (Sentencia No. 082-2009).

"Si bien la Constitución de la República reconoce el derecho de participación, así como el derecho a ser elegido, la Carta Fundamental también reconoce la igualdad como uno de los principios fundamentales de la participación, en tal sentido, tanto los requisitos como los plazos establecidos en la norma aplicable a este y otros procesos electorales, debe ser cumplida y respetada por los órganos electorales y por todos los sujetos políticos, aspecto que no constituye algo formal, sino un componente sustancial en tanto se garantiza el derecho de participación en igualdad de condiciones y de oportunidades.". (Sentencia 348-2009).

---

72 Sentencia TCE No. 024-2009

73 Sentencia No. 070-2009.

"…este Tribunal no conoció de ninguna circunstancia relativa a consideraciones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud; o cualquier otra circunstancia personal que amerite la adopción de medidas afirmativas, tendientes a corregir alguna desventaja de facto que pudiese colocar al accionante en una situación desfavorable de iure. De esta forma, al no existir situación que amerite un trato diferenciado, en favor de la igualdad material o sustancial, este Tribunal ha aplicado la normativa común a este tipo de casos, por lo que resulta inaceptable sostener que se ha actuado de manera discriminatoria.". (Causa No. 600-2009).

4.5. ANÁLISIS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL RESPECTO A ASPECTOS FORMALES EN LA INSCRIPCION DE CANDIDATURAS Y/O MOVIMIENTOS O PARTIDOS, EN LAS ELECCIONES 2009

1.- FORMULARIOS DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURAS

"La presentación de las candidaturas en el formulario para concejales rurales, en lugar de hacerlo en los formularios para concejales urbanos, no es un error sustancial, sino formal, por tanto no justifica la negación de la calificación de las referidas candidaturas.". (Sentencia No. 074-2009).

"Los ciudadanos al ingresar a un partido político ya son titulares de una serie de derechos fundamentales consignados en la Constitución y éstos se incrementan con los que adquieren dentro de la organización política, pues el derecho de asociación política para formar parte de un partido, tiene por objeto que los ciudadanos al unirse con otros potencien sus derechos políticos electorales, en ésta interacción puede ocurrir -al interior del partido- violación de tales derechos, entonces es necesario el establecimiento de medios de impugnación a favor de sus militantes…". (Sentencia No. 002-2009).

"Para que se active este medio de impugnación -recurso contencioso electoral de impugnaciones necesario que los partidos políticos hayan agotado las instancias internas de resolución antes de concurrir a la jurisdicción del Estado, a fin de garantizar su capacidad auto – organizativa en ejercicio de la más amplia libertad, garantizando, claro está, al mismo tiempo los derechos individuales de sus miembros y dejando a salvo la garantía que representa la jurisdicción.". (Sentencia No. 002-2009).

"…el recurso contencioso electoral de impugnación, procede contra actos y resoluciones de las organizaciones políticas definitivos en asuntos de carácter litigioso que vulneren los derechos de sus miembros o de otros ciudadanos vinculados directamente con ellos, cuando no se haya logrado la restitución directa de estos derechos al interior de la organización política.". (Sentencia No. 002-2009).

"quien tiene la facultad para presentar listas de candidaturas en el nivel provincial, cantonal y parroquial, ante la junta provincial electoral correspondiente, es el director provincial del respectivo partido político o por quien lo subrogue de conformidad con el estatuto, por lo que, en definitiva, dichas normas reconocen un derecho subjetivo a los directores provinciales que otorga la potestad jurídica específica para presentar candidaturas, en cuyo caso el derecho subjetivo está descrito en el derecho objetivo.". (Sentencia No. 057-2009).

2.- IRRENUNCIABILIDAD DE LA CANDIDATURA

"En definitiva, el acto unilateral del Director Provincial del PSP de Los Ríos, para que surta efectos, requiere en este caso de otro acto unilateral que debe provenir del CEN; solo allí, cuando los dos actos se complementen, está facultado el Director Provincial del PSP de los Ríos para pedir en derecho la inscripción de los candidatos.". (Sentencia No. 004-2009).

"…ninguna persona puede ser obligada a participar como candidato a un cargo de elección popular, porque se estaría lesionando el núcleo del derecho de participación política, que es la libertad. Sin embargo el proceso electoral requiere de una serie de dispositivos normativos que garanticen la transparencia y regularidad del mismo, y que eventualmente pueden verse en conflicto con un derecho individual. El derecho a participar en un proceso electoral, no depende únicamente de la voluntad de una persona (candidato), pues la Constitución de la República en el artículo 112 otorga exclusivamente a los partidos y movimientos políticos la facultad de presentar candidatos a elección popular (…) requisito de procedibilidad para presentar a inscripción una candidatura, luego viene la fase de notificación de candidaturas, impugnaciones, informes internos dentro del órgano electoral desconcentrado que van desde el requisito de la edad, exigencia del plan de trabajo, en definitiva estamos ante actos de simple administración que presentados ante el órgano competente en su conjunto llevan a que adopte la resolución final que notificado a las partes genera efectos jurídicos, es decir, dicho acto en materia electoral, será conocido como un

"acto administrativo con sustancia electoral", que de haber causado estado, o haber sido resuelto en instancia judicial electoral como válido, se vuelve firme .. Por tanto la candidatura es tal cuando, el acto administrativo con sustancia electoral no ha sido impugnado, causa estado y se vuelve firme, o, en el evento de haberse impugnado la candidatura ante el Tribunal Contencioso Electoral, este órgano jurisdiccional emite la sentencia que una vez ejecutoriada es ejecutable; solo en estos dos eventos, la candidatura o candidaturas son IRRE-NUNCIABLES, mientras ello no ocurra, el ciudadano o ciudadana candidata o candidato, puede renunciar. Por lo tanto, debe entenderse que la irrenunciabilidad de una candidatura solo se considera a partir de su calificación por el Órgano Electoral competente y la misma se encuentra firme, de manera que antes de tal decisión cabe el desistimiento o la renuncia de una persona cuyo nombre ha sido propuesto en la inscripción aún no calificada.". (Existe voto salvado). (Sentencia No. 016-2009).

"…debe entenderse por inhabilidad física, la que limita sustancialmente al individuo para desempeñar una actividad o ejercer derechos durante un determinado periodo de tiempo.". (Sentencia No. 081-2009).

3.- LISTAS INCOMPLETAS

"…se entiende que las listas incompletas son las que no se presentan con el número total de candidatas y candidatos para esa circunscripción, que en el caso de Guaranda es de cinco concejales urbanos principales y cinco suplentes; y, para el caso de concejales rurales es de cuatro principales y cuatro suplentes.". (Sentencia No. 026-2009).

4.- PARIDAD DE GÉNERO

"…el formulario de inscripción de candidatos para Concejales Rurales del cantón Portoviejo con los cambios realizados queda conformado por: dos candidatos varones el primero y tercero en calidad de principales, y, por cuatro candidatas mujeres que serían la segunda candidata principal y las tres candidatas suplentes. En consecuencia no cumple con el requisito de paridad entre mujeres y hombres y de alternancia y secuencia.". (Sentencia No. 076-2009).

"…la Junta no podía aceptar una lista incompleta por ningún concepto y además debió referirse a la obligación del Movimiento Triunfo Mil, lista 155, de respetar la paridad y secuencialidad hombre –mujer o mujer –hombre.". (Sentencia No. 077-2009).

5.- INHABILIDADES

5.1.- CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

"Para que esta inhabilidad opere deben darse las siguientes condiciones: a) la fecha de la inhabilidad debe concurrir al momento de la inscripción de la candidatura; b) que el que pretenda inscribir su candidatura sea contratista del Estado, ya sea por sus propios y personales derechos o como representante o apoderado de personas jurídicas; y, c) el contrato debe ser para la ejecución de una obra pública, prestación de servicio público o explotación de recursos naturales.". (Sentencia No. 015-2009).

5.2.- EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES

"…el espectro radioeléctrico como la concesión de la frecuencia del espectro radioeléctrico está dentro de los recursos naturales, con las consecuencias indicadas. De las normas invocadas se colige que ni siquiera en este marco jurídico, la concesión de frecuencias deja de ser un servicio público y de explotación de un recurso natural.". (Sentencia No. 020-2009).

"…el recurrente es participe de los derechos de concesión minera, adquiridos por su cónyuge, señora Lilia Marina Buele, como consta en la acta de matrimonio en la que no se observa ninguna marginación de separación de bienes, (fs. 48a) ya que son parte del acervo común de la sociedad conyugal, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento señalado. v) La explotación minera aurífera es concesionada por el Estado y está relacionada con la explotación de recursos naturales. En este caso el derecho de concesión minera para explotación aurífera otorgada a favor de la señora Lilia Marina Buele, autoriza al recurrente y a su cónyuge, para la explotación de recursos naturales, a través del contrato de concesión antes señalado lo que se configura la prohibición constitucional del Art. 113 numeral 1, que tiene su razón de ser ya que no permite ser candidatos a quienes se beneficien económicamente de una actividad reservada para el Estado…". (Sentencia No. 027-2009).

5.3.- MANTENER DEUDAS CON EL ESTADO

"…la mora debe justificarse con certificación del Tesorero Municipal, que existe un recurso de revisión a las presuntas glosas por tanto no hay título de crédito, la Constitución no consagra como causal a los deudores de entidades seccionales.". (Sentencia No. 025-2009).

"La norma transcrita contiene una inhabilidad para ser candidato a elección popular que es el ser deudor del organismo seccional, inhabilidad que desaparece si el candidato cancela sus obligaciones pendientes, antes del momento de calificación de su candidatura, lo que resulta por demás lógico ya que hay obligaciones con los municipios que se tornan pendientes desde el primer día del año en curso y su fecha tope de pago termina el último día del mismo año, como el pago del impuesto predial, por lo que resultaría absurdo negar el derecho de participación a aquellos candidatos que se encuentren en ésta situación, y aún en otros casos de obligaciones pendientes y en mora, esta situación no debería impedir el derecho de participar como candidatos para elección popular, siempre que los mismos justifiquen su pago con anterioridad a la fecha de calificación de su candidatura.". (Sentencia No. 048-2009).

5.4.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

"Si recogemos la definición de concesión de servicios públicos propuesto por Héctor Escola, nos dice que es " acto de la administración pública por el cual este encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa" (ver Obra del Prof. Enrique Rojas Franco, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, pág. 310).". (Sentencia No. 020- 2009).

5.5.- REELECCIÓN

"…como se desprende del texto del artículo 114 de la Constitución, no se exige para el caso de reelección, ningún tipo de requisito adicional además de las condiciones establecidas en esta norma. (…) En consecuencia, no puede condicionarse la inscripción de la candidatura del señor Alberto Alexander Zambrano Chacha, a que previamente cumpla con lo previsto en el último inciso del artículo 53 de la Ley Orgánica de Elecciones, esto es, que haya subrogado durante un año en el cargo de Prefecto de la Provincia de Orellana, o que haya renunciado al cargo que actualmente desempeña, requisitos o condicionantes que serían contrarios a los dispuesto por el antes transcrito artículo 114 de la Constitución de la República, más aún cuando el artículo 426 de la Constitución,

manda a las autoridades judiciales y administrativas a aplicar directamente las normas constitucionales…". (Sentencia No. 004-2009).

4.6. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELCTORAL RESPECTO A ASPECTOS NORMATIVOS DEL PROCESO ELECTORAL, EN LAS ELECCIONES 2009

Los aspectos normativos que regularon el proceso electoral surgieron en la CR en el acápite del Régimen de Transición, y para su operatividad se le concedió al Consejo Nacional Electoral la facultad para que elabore las disposiciones normativas que debieron regular en los aspectos administrativos y procedimentales las elecciones 2009.

Entre los aspectos normativos para el análisis tenemos:

a) Sufragio
b) Cuerpo Electoral
c) Comportamiento político
d) Aspectos administrativos
e) Gasto Electoral

a) SUFRAGIO

Sufragio, no solo como derecho sino derecho a ser elegido, lo cual implica que para efectos del proceso electoral, el mismo se inicia como lo manifiesta Dieter Nohlen en sentido amplio *"el derecho que regula la elección de los órganos representativos"*[74]

"Que la Constitución de la República, es la Norma Suprema, nadie puede discutirlo, mas si es una Constitución de derechos y justicia, pero no es menos cierto que la propia Constitución establece en el ámbito de la Representación Política límites al derecho de participación política, específicamente a los movimientos políticos…"[75]

[74] Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina, pág. 27.

[75] Sentencia TCE. No. 017-2009

"El sufragio es un componente esencial de la democracia que debe ser precautelado, al cual debe aplicarse el principio de igualdad, de manera que tanto quienes ejercen el sufragio activo como el sufragio pasivo, deben estar el igualdad de condiciones para expresarse en las urnas. (…) En el acto de votación, los ciudadanos expresan su preferencia política por un partido o candidato y definen con la sumatoria de voluntades depositadas en cada voto la conformación de los órganos del Estado. Esta función del voto es fundamental en todo sistema democrático. Por ello, todos los principios del derecho electoral están dirigidos a impedir el falseamiento de la voluntad soberana."[76]

b) CUERPO ELECTORAL

El electorado es pieza fundamental dentro del proceso electoral y sobre él recae la construcción de la democracia, la decisión de quienes van a administrar la res pública

"El electorado no es la simple suma de las voluntades individuales en el momento de ejercer el sufragio, sino que el electorado o cuerpo electoral, cuando ejerce las facultades que la Constitución le otorga, procede al nombramiento de las autoridades del Estado y es allí, donde actúa y se constituye en un órgano del Estado, porque mediante el nombramiento de las autoridades genera, lo que se conoce en derecho administrativo como un acto condición, designación que se traduce en el ámbito jurídico electoral como un 'acto de autoridad'. Por tanto, el electorado o cuerpo electoral, es el órgano del Estado que cumple funciones encomendadas directamente por la Constitución…". (Causa No. 544-553-2009).

"OBJETO.- Viene a ser la creación de una situación jurídica de nombramiento de los titulares de los órganos del Estado, cuya integración se realiza a través de la elección popular, es lo que se conoce como el objeto directo. Pero el objeto lo constituye también la facultad pública que el cuerpo electoral tiene encomendada y otorgada en la Constitución, traducido en el ejercicio del sufragio para el nombramiento de los titulares de los órganos del Estado, debiendo ser lícito, jurídico y materialmente posible y realizado dentro de las facultades que la ley otorga al órgano del Estado. Es decir, la designación debe realizarse de conformidad con las facultades y modalidades que la Constitución y Ley imponen como Objeto Indirecto." (Causa No. 544- 553-2009).

[76] Sentencia TCE No. 128-2009

"FINALIDAD.- (…) debe prevalecer la expresión de los electores que se ha verificado en el conteo voto a voto realizado en el CNE, y no el contenido en las actas de las JRVs.". (Causa No. 544-553-2009).

c) COMPORTAMIENTO POLÍTICO

En el análisis, el proceso Electoral cuenta con una parte importante, que es el aspecto de los intervinientes directos, los partidos políticos o movimientos sociales y sus candidatos.

"…en el 'comportamiento político' que es el que organiza a la sociedad como voluntad general, esta voluntad es vista en tanto en cuento los individuos participan en la formación de la voluntad general, esto es, donde cada individuo deja de ser individuo para ser sujeto político con el acto de votación en el ejercicio del derecho al sufragio, sólo en ese momento las personas son iguales, se suprimen las diferencias y se impone el principio de igualdad, de tal manera que con el ejercicio de su derecho al sufragio por cada persona, en la confluencia de millones de voluntades heterogéneas se hace posible la formación de la voluntad general, que conocemos como el 'cuerpo electoral' y en derecho electoral como 'acto de autoridad'."[77]

d) ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

d. 1.- FALTA DE HORA EN LA RESOLUCIÓN DE LA JUNTA

"En el presente caso, lo que existe es la falta de hora en la resolución que emana de la Junta Provincial Electoral de Manabí, es decir está incompleto la fecha en su integralidad, situación que no afecta la validez del acto; al respecto Roberto Dromi en la obra citada (pág. 266) cuando aborda los "vicios muy leves y su validez", nos dice: "Están incompletos o equivocados el lugar y fecha de emisión". Respecto a que en el acto de notificación no se ha establecido la fecha de la misma, tampoco causa ningún efecto jurídico contrario si son los propios recurrentes, quienes comparecen dentro del plazo impugnando el acto del 10 de febrero del 2009, más todavía si la impugnación se presenta dentro del plazo. Cosa diferente sería si el acto emanado por autoridad competente no se notifica, allí si, el acto carece de eficacia jurídica, situación que no ha ocurrido. Por tanto

[77] Causa TCE No. 361 Recurso de apelación

no procede por las causas que invocan los recurrentes, la declaratoria de nulidad ni de la resolución de la Junta Provincial Electoral de Manabí, ni del acto de notificación.". (Sentencia No. 070-2009).

"Estos documentos no tienen fecha de ingreso, ni cuentan con la fe de recepción por parte del Secretario de la Junta Provincial Electoral de Manabí, razón por la cual carecen de valor y eficacia jurídica, a más de ser extemporáneos.". (Sentencia No. 073-2009).

d. 2.- CÓMPUTO DE PLAZOS DETERMINADOS EN DÍAS

"Para realizar el cómputo de plazos cuando estos se encuentran señalados por días, debe considerarse que el plazo comienza a corres a las 00h00 del día siguiente a aquel en que haya surtido sus efectos jurídicos la notificación practicada y concluye a las 24h00 del último día del plazo.". (Causas Nos. 33-Q-2009; y, 43-Q-2009).

d. 3.- DETERMINACIÓN PERSONAL INSUFICIENTE

"…no se falta a la determinación de una persona si se padece una equivocación en nombre o en alguna circunstancia personal, siempre que del análisis global del respectivo formulario aparezcan pormenores que demuestren de modo suficiente quiénes son las personas; o que las repetidas equivocaciones en el nombre propio o número de cédula de ciudadanía solo constituyen un error material; o que el error material en cuanto a los apellidos no constituye quebrantamiento esencial, si resulta que se designa a la misma persona. En definitiva, las designaciones incompletas o defectuosas de los representantes legales admiten subsanación a lo largo del procedimiento, al igual que la admiten los defectos atinentes a su personalidad…".(Sentencia No. 057-2009).

"…se observa que no constan los nombres y las fotografías de los candidatos a cuarto candidato principal y suplente y quinto candidato principal y suplente a concejales urbanos (fs. 34 y 35), por lo que no cumple con lo dispuesto en el Instructivo para la Inscripción y Calificación de Candidaturas del Consejo Nacional Electoral a la que se hace referencia en la resolución impugnada por el accionante.". (Sentencia No. 068-2009).

d. 4.- AUSENCIA DE FIRMA PRESIDENTE O SECRETARIO DE JUNTA

"…la estructura de la infracción transcrita se desprende su naturaleza formal; es decir, que del sólo acto u omisión previsto por la ley se desprende su antijuridicidad punible sin importar si alcanza o no a producir un daño o consecuencia indeseable. Se trata de una figura autosuficiente, de simple actividad, que por su consumación inmediata no requiere un análisis sobre un posible nexo causal entre el acto u omisión y los efectos que llegase a producir. Por tanto, se trata de una figura de estructura culposa y por ello sería irrelevante argumentar, probar o razonar sobre la posible existencia de elementos dolosos puesto que la posibilidad de poner en peligro la validez del proceso electoral está ligado a la sola omisión de la firma por parte de la Presidenta o Presidente o de la Secretaria o Secretario.". (Causa No. 404-2009).

d. 5.- CITACIÓN / NOTIFICACIÓN

"Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido." (Causa No. 21- Q-2009).

"…si en este acto se encuentran involucrados derechos fundamentales relacionados con el ejercicio del sufragio, es necesario que los sujetos políticos sean notificados a fin de que puedan impugnarlo de considerarlo pertinente, caso contrario se vulneran los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva de los derechos, del debido proceso, de la certeza, independencia, imparcialidad u objetividad y publicidad o transparencia de la actuación en materia electoral, por parte de las propias autoridades encargadas de preparar, desarrollar y vigilar los comicios…". (Causa No. 027-Q-2009).

"…la citación es válida si cumple con el objetivo de poner en conocimiento de la persona o personas, contra las cuales se activa una vía procesal, los fundamentos por los que supuestamente habría incurrido en responsabilidad de cualquier clase. En el presente caso, este presupuesto queda implícito puesto que los recurridos, incluso antes de fenecer el plazo señalado emiten el dictamen correspondiente, con el cual quedó trabada la litis.". (Causa No. 023-Q-2009).

d. 6.- COPIAS SIMPLES

"…las copias simples no hacen fe en ningún proceso…". (Sentencia No. 001-2009; 404-2009; y, 699-2009).

d. 7.- FIRMAS

"Este Tribunal no puede pasar por alto la resolución PLE-JPE.STO.D.No 036-10-02-2009, de fecha 10 de febrero de 2009, donde se resuelve: "Acoger una disposición que supuestamente emana del órgano superior y que ha dispuesto que las firmas que no constan en el Registro Electoral sean tomadas en cuenta y consecuentemente sumadas a las validas"; resolución que no puede, en el evento que exista, inclusive reformar el Instructivo para la Recolección, validación y verificación de firmas de adhesión de candidaturas de las Organizaciones Políticas para las elecciones generales a celebrarse el 26 de abril y 14 de junio de 2009 expedida por el Consejo Nacional Electoral, específicamente el Art. 10, numeral cuatro, letra c) "Total de cédulas no registradas". Bajo estas consideraciones la resolución PLE-JPE.STO.D.No 036-10- 02-2009 no solamente que es ilegal, sino nula de nulidad absoluta para cualquier efecto jurídico en este evento electoral. Al haberse arrogado atribuciones que no tienen, los miembros de la Junta Provincial Electoral…". (Sentencia No. 033-2009).

d. 8.- INCONSISTENCIA DE RESULTADOS NUMÉRICOS

"Los resultados numéricos en los procesos electorales son consecuencia de una operación aritmética, que consiste en sumar los votos válidos obtenidos por las listas y candidatos participantes en una elección, separándolos de los votos nulos o en blanco que no influyen en los resultados para la adjudicación de puestos a los ganadores. Esta actividad la realizan los organismos electorales, en el ámbito de sus competencias, siendo, por tanto, una actividad meramente administrativa. (…) Es necesario tomar en cuenta, además que el organismo ante el cual se impugnan resultados numéricos, lo único que tiene que hacer, cuando compruebe el error, es corregido y determinar con precisión el verdadero resultado.". (Causas Nos. 352- 2009; 358-2009; 392-2009; 396-2009; 399-2009; 401-2009; 401-2009; 426-2009; 433-2009;552-2009; 558-2009; 560-2009; 564-2009; 566-2009; 572-2009; 574-2009; 598-2009; 601-2009; y, 699-2009).

"La falsedad de un acta de escrutinios no se comprueba mediante la mera existencia de inconsistencias numéricas, pues estas son un asunto que

lejos de verificar una causal de nulidad de los escrutinios, constituye materia de revisión por parte de los organismos de administración electoral (…) La falsedad de un acta –así como de cualquier otro instrumento público- debe probarse de forma clara e inequívoca por quien la alega, bien sea verificando la falsedad material del documento o constatando que en el documento se han afirmado como verdaderos, hechos falsos que interesan a ciertos derechos o relaciones jurídicas.". (Sentencia No. 454).

d. 9.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA

"…se solicitó la presentación de pruebas y documentos para el esclarecimiento de los hechos, las mismas que han sido debidamente valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que involucra principios fundamentales de aplicación en la normativa procesal ecuatoriana, como la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso que han sido apreciados en conjunto.". (Sentencia No. 002-2009).

"…el solo enunciado de un supuesto fraude electoral, no es causa suficiente para que el órgano jurisdiccional competente declare la nulidad de las elecciones. c) El acompañar fotocopias de peticiones, actas de notificación pública, periódicos y revistas, no constituyen pruebas del supuesto fraude electoral (…) d) En derecho electoral, la prueba debe ir acompañada con el recurso de apelación por nulidad, pruebas que deben ser públicas, instrumentales, técnicas, presuncionales legales.". (Sentencia 129-09).

"…el anuncio de pruebas en el escrito inicial, no constituye una formalidad sustancial pues el no hacerlo no conlleva consecuencias jurídicas que limite el derecho de petición de un recurrente, menos aún cuando el desarrollo procesal de un recurso contencioso electoral de queja, incluye un período de prueba, el mismo que se abrió por el período establecido…". (Causa No. 021-Q-2009).

"Las meras aseveraciones que hagan las partes, no constituyen prueba por sí misma ni puede llevar al juez a un grado de certeza tal que le permita reducir considerablemente las posibilidades de error en materia de administración de justicia; tanto más cuanto que, la contraparte rechaza las afirmaciones del recurrente. En este caso, este despacho cuenta con afirmaciones contradictorias de igual valor sobre los mismos hechos; no obstante, la presunción de inocencia de la parte recurrida sólo puede ser revertida si se cuenta

con prueba suficiente, clara y debidamente actuada, lo que produce una carga probatoria que recae sobre quien tuviere la intención la intención de desvirtuar la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución de la República.". (Causa No. 23-Q-20089; 572- 2009 y, 586-2009).

d. 10.- SOLEMNIDAD SUSTANCIAL (EFECTOS)

"…la omisión de una solemnidad puede acarrear consecuencias procesales, siempre y cuando concurran ciertas condiciones: a) la existencia de una infracción procesal sustancial, esto es, una omisión total y absoluta de las normas esenciales del procedimiento; b) que como consecuencia directa de tal infracción procesal se haya producido indefensión no solo meramente formal sino material, la cual hubiera tenido trascendencia en el fallo, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en la Constitución, requiriéndose además que tal indefensión no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia procesal del interesado.". (Causa No. 33-Q-2009).

e) GASTO ELECTORAL

"…el valor monetario que representa la contratación y difusión de una cadena de televisión a nivel nacional u otro tipo de programación que pueda generar desigualdad en la competencia política, debería ser imputado a los recursos que el Estado, por obligación constitucional, otorga a cada organización política para la promoción de sus candidaturas, a través del Consejo Nacional Electoral.". (Sentencia NO. 082-2009).

"…el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral considera que el conocimiento del plazo planteado (…) para la investigación de lo denunciado, no es de su competencia, por cuanto de conformidad con el Art. 86 del Reglamento de Trámites en el Tribunal Contencioso Electoral, corresponde al Consejo Nacional Electoral dictaminar sobre las presuntas violaciones de la Ley Orgánica de Control de gasto Electoral y de Propaganda Electoral.". (Auto Inhibitorio en el caso 122-2009).

"… el control del gasto electoral busca garantizar la transparencia y legalidad del origen, destino, monto, así como regular la forma de presentación de las cuentas de fondos utilizados para los gastos electorales. Por tanto, para aplicar la normativa en mención se deberá verificar si hubo actividad tanto

electoral como económica pro referéndum. Esto porque la obligación de rendir cuentas no nace de la posesión en el cargo de tesorero único de campaña o por la apertura de la cuenta bancaria o la asignación de un número de registro único de contribuyentes; sino, de la constatación fáctica del manejo de fondos públicos o privados que el 'existir' deben ser debidamente justificados.". (Causa No. 101-2009).

La contratación privada de propaganda y publicidad "…tiene el propósito de garantizar condiciones de equidad para todos los participante en el proceso electoral, condiciones de equidad que deben ser controladas y vigiladas por los organismos electorales. (…) Es en cumplimiento de estas disposiciones que la Delegación Provincial de Cañar se limita a realizar un monitoreo de los medios de comunicación, a constatar el incumplimiento de la disposición y a ejecutar la acción controladora que la respectiva norma le permite, que en ningún caso es una sanción, por más que así lo señale, equivocadamente, dicha Delegación…". (Sentencia No. 127).

"… dicha norma no hace un detalle taxativo de los objetos que pueden ser entregados en campaña, sino que lo hace de manera de ejemplificación, determinando el límite de gasto en dos dólares cada uno (…) de la no configuración del hecho como una infracción del gasto y propaganda electoral, existe norma tributaria que prevé requisitos para la realización de rifas, respecto de lo cual la Delegación Provincial de Pichincha en su informe hace referencia, pero que de cualquier modo no compete a ningún órgano de la Función Electoral por rebasar el ámbito de su competencia.". (Causa No. 121).

"…se considera como una situación excepcional la condición de salud del señor N.N. y se toma en cuenta el certificado médico que adjunta, para justificar que debido a motivos de salud, no pudo cumplir con sus obligaciones como Tesorero Único de Campaña…". (Causa No. 093- 2009).

"…el control del gasto electoral busca garantizar la transparencia y legalidad del origen, destino, monto, límite así como regular la forma de presentación de las cuentas de los fondos utilizados para los gastos electorales. Por tanto, para aplicar la normativa en mención se deberá verificar si hubo actividad tanto electoral como económica…". (Causa No. 107-2009).

4.7. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL RESPECTO A LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN Y

AMPARO ELECTORAL PRESENTADOS POR LOS SUJETOS POLÍTICOS, EN LAS ELECCIONES 2009

AMPARO ELECTORAL Y ACCIÓN DE PROTECCIÓN

"… cuando la Constitución hace referencia al juez o jueza competente para sustanciar dichas causas, no hace una discriminación que pueda llevarnos a concluir que las juezas y los jueces del Tribunal Contencioso Electoral se encuentran exentos de la obligación de garantizar derechos fundamentales. Esta es una de las rupturas del nuevo paradigma constitucional con el régimen anterior; así, la Constitución Política de 1998 especificaba que para conocer la acción de amparo sería competente 'el órgano de la Función Judicial designado por la ley'. En sentido sistemático, asumir la competencia para el conocimiento de la acción de Protección por parte del tribunal Contencioso Electoral no es sino una de las expresiones de la relevancia jurídica, jurisdiccional y normativa que tienen los derechos humanos dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia." (Causa No. 361-2009-TA).

"… al Tribunal Contencioso Electoral, según el artículo 221, le corresponde crear un sistema de precedentes jurisprudenciales; esta facultad tiene por objeto unificar criterios en materia de derechos de participación que se expresan a través del sufragio por lo que no es posible ni conveniente que existan organismos ajenos a la Función Electoral que puedan establecer nuevos criterios en desmedro de la unidad y coherencia del sistema jurídico, así como, del derecho a la seguridad jurídica.". (Causa No. 361-2009-TA).

"… el Tribunal Contencioso Electoral asume la competencia para resolver Acciones de Protección: a) por ser el organismo dotado de potestades jurisdiccionales exclusivas en materia de derechos de participación que se ejercen a través del sufragio; b) porque posee competencia nacional; y, c) porque existe prohibición constitucional expresa de alegar falta de ley para inobservar la supremacía constitucional y el principio de aplicación directa.". (Causa No. 361-2009-TA).

"…en caso de existir apelación de la sentencia de primera instancia, actuarán como juez a quem una sala conformada por tres jueces del Tribunal Contencioso Electoral, escogidos por sorteo en el que no participará la jueza o juez que hubiese intervenido en calidad de juez a quo. Este procedimiento provisional pretende tutelar el principio de la doble instancia…". (Causa No. 361-2009-TA).

"…la Acción de Protección es una garantía fundamental, de naturaleza jurisdiccional y de aplicación residual. Es decir, procede únicamente cuando existe vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública que no ejerciere potestades de tipo jurisdiccional, según lo expresa el artículo 88 de la carta fundamental. Asimismo, por su naturaleza residual, la Acción de Protección procede exclusivamente cuando el ordenamiento jurídico no previere una vía procesal específica, rápida y efectiva ante la justicia ordinaria, para canalizar la pretensión jurídica en concreto.". (Causas Nos. 587-2009; 588-2009; 589-2009; 597-2009; 599-2009; 600-2009; y, 605).

"…el desacuerdo que pudiese existir entre la persona que actúa como Tesorero Único de Campaña, con los integrantes o candidatos del movimiento o partido político a nombre de quien actúan, no puede ser imputable a la autoridad electoral ya que escapa a su alcance jurídico y material de control, y al constituir una relación en la que no existe posiciones asimétricas de poder, recae en la esfera del derecho privado. (Causa No. 361-2009-TA).

"…la impugnación de la sentencia expedida por este Tribunal en la causa No. 557-2009, es improcedente: a) porque dicho asunto no se encuentra consagrado en norma constitucional alguna; b) porque al ser un asunto de mera legalidad posee una vía ante la justicia contencioso-electoral; y, c) porque la vía contencioso-electoral connatural a la pretensión esgrimida ha sido debidamente agotada, y su petición resuelta de forma oportuna.". (Causas Nos. 587-2009; 596-2009; 599-2009; 600-2009; y, 604-2009).

4.8. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONTENCIO ELECTORAL RESPECTO A RECURSOS CONTENCIOSOS ELECTORALES PRESENTADOS POR LOS SUJETOS POLÍTICOS, EN LAS ELECCIONES 2009.

Como consecuencia de los derechos de participación en el ámbito electoral, consagrados en la CR, los candidatos, partidos políticos y movimientos sociales tienen recursos que les permiten, en caso de sentir que sus derechos han sido vulnerados, ejercerlos de manera inmediata, estos recursos u acciones son:

a) Nulidad
b) Recurso de Revisión

c) Recurso de Apelación
d) Recurso de Impugnación
e) Recurso de Queja.

Mas, para que proceda el recurso debe haberse dado lugar al agotamiento de la vía administrativa, a cargo del Consejo Nacional Electoral, conforme lo aclara la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral que expresa:

"…no habiéndose producido la impugnación de la candidatura en sede administrativa, no se cumplió el requisito indispensable de procedibilidad para admitirlo a trámite como recurso contencioso electoral de impugnación.". (Sentencia No. 012-2009).

Y, adicional a éste, debe existir legitimación activa, conforme lo establece la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral que expresa:

"…el 'impugnante' no es sujeto político según las normas que se han dejado expuesto en el literal d) de este considerando, por tanto carece de un derecho subjetivo para impugnar candidaturas o listas; por tanto, no existe impugnación alguna.". (Sentencia No. 003-2009).

Recalcándose que cabe la petición de aclaración de la sentencia, conforme lo establece la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral que expresa:

"La aclaración procede cuando la sentencia no está clara o es absurda, mientras que la ampliación cabe cuando la sentencia no resuelve alguno de los puntos sobre los cuales se trabó la litis.". (Causa 481-2009 – 482-2009).

a) RECURSO DE NULIDAD EN MATERIA ELECTORAL

a. 1) NULIDAD EN LA APERTURA DE URNAS

"…la apertura de las urnas por inconsistencias numéricas se da únicamente, cuando a criterio de la Junta Provincial Electoral, se requiere verificar el número de sufragios de una urna con respecto a las cifras de un acta o algunas actas de escrutinio, así como para verificar su autenticidad, sin que ello signifique que opere para la totalidad de las mismas.". (Causa No. 022-Q-2009).

a. 2) NULIDAD DE ESCRUTINIOS / VOTACIONES

"Un acto tan importante, definidor de las elecciones, debe ser realizado por las autoridades responsables que lo dirigieron. Por ello la ley y demás normas exigen que deba estar formado por el Presidente y el Secretario del organismo provincial para garantizar la veracidad de su texto y el cumplimiento estricto de los procedimientos. (…) De lo manifestado aparece que tanto la firma del Presidente como la del Secretario se constituyen en solemnidad sustancial para la validez del acta de escrutinio. (…) La falta de una de las dos firmas, constituye una solemnidad que no puede ser salvada.". (Causa No. 362-09).

"…la falsedad de un acta electoral o de reconteo es un vicio tan grave que no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la presión que produce tanto a los sujetos activos como pasivos del sufragio y por el desconocimiento de la voluntad popular implícita en datos errados que de modo evidente no son expresión fiel de la verdad. En definitiva, es nuestra obligación distinguir los hechos ciertos y apreciables que pueden falsea la voluntad popular de modo definitivo, siendo el rol del juez precisamente evitarlo a través de sus decisiones judiciales. Además, toda vez que de la documentación analizada se desprenderían presuntas actuaciones irregulares por parte de las personas encargadas de realizar el conteo de votos, las cuales estarían incursas en una posible infracción penal, esta situación debe ser conocida, tramitada y resuelta por los órganos competentes en ese ámbito.". (Causa 421- 2009).

"La declaratoria de nulidad implica que el instrumento público cuestionado pierda toda efectividad; es decir, no pueda producir los efectos que motivan su existencia. Por tal razón, si en el caso en concreto se llegase a declarar la nulidad de las votaciones correspondientes a las Juntas tantas veces referidas, no quedaría más remedio que descontar los valores con los que dichas las actas correspondientes aportaron a las tres candidaturas participantes, ya que se entendería que estas jamás entraron al sistema de contabilización de votos. Con ello se lograría establecer, si a la luz del principio de determinancia procede o no la realización de nuevas votaciones.". (Causas Nos. 394-2009; 503-2009; 535-2009; 548-2009; 572-2009; y, 577-2009).

"La declaratoria de una nulidad, en el marco del derecho electoral, constituye, por sus efectos jurídicos y sociales, la más grave decisión que puede adoptarse por parte de una autoridad electoral. Por esta razón, el uso del sistema de acciones y recursos electorales con la pretensión que se declare judicialmente

una nulidad se encuentra sujeto a mayores formalidades y condiciones, que recaen sobre el recurrente. En este sentido, la nulidad debe alegarse de forma clara y expresa, estableciendo de forma meridiana qué tipo de nulidad se denuncia y cuáles son las causales legales que dan sustento a dicha petición. (…) la declaración de nulidad debe respetar el principio de determinancia, por el cual únicamente puede repetirse las votaciones en una parroquia o zona electoral si de ello dependiere el resultado definitivo de una elección, de manera que una candidatura se beneficie en detrimento de otra u otras.". (Causas Nos. 394-2009; 395-2009; 426-2009; 430-2009; 442-2009; 454-2009; 506-2009; 507-2009; 539-2009; 548-2009; 572-2009; 584-2009; 586-2009; y, 591-2009).

"Para garantizar la legalidad y (sic) procedimientos electorales, pueden establecerse diversas causas de nulidad. La nulidad por regla general procede cuando la causal está taxativamente prevista en la ley, debiendo tomarse en consideración siempre que los errores, inconsistencias, vicios de procedimiento o irregularidades detectadas sean determinantes para el resultado de la votación o elección. La nulidad no deberá extender sus efectos más allá de la votación, cómputo o elección para evitar daños a terceros (aquellos que votan válidamente), misma que no puede ser viciada por irregularidades e imperfecciones menores que sean cometidas por un órgano electoral no especializado conformado por ciudadanos escogidos al azar.". (Causas Nos. 344-2009; y, 539-2009).

"…no hay recurso contencioso electoral que tenga como objeto la declaración de nulidad de un proceso electoral ya sea a nivel cantonal, provincial o nacional, como claramente se puede observar de los artículos 109 a 114 de la Ley Orgánica de Elecciones…". (Causa No. 405- 2009).

"…la petición de la declaratoria de nulidad en materia electoral debe ir acompañada de los suficientes elementos probatorios que verifiquen de forma exhaustiva la alegación del recurrente, puesto que, de no ser así, el juzgador se encuentra en la obligación de desechar la pretensión de conformidad con el principio legalmente reconocido que establece que 'en general, en caso de duda, se estará por la validez de las votaciones'". (Causa No. 442-2009).

"La nulidad por regla general procede cuando la causal está taxativamente prevista en la ley, debiendo tomarse en consideración siempre que los errores, inconsistencias, vicios de procedimiento o irregularidades detectadas sean determinantes para el resultado de la votación o elección. La nulidad no

debería extender sus efectos más allá de la votación, cómputo o elección para evitar daños en contra de terceros (aquellos que votaron válidamente), misma que no puede ser viciada por irregularidades e imperfecciones menores que sean cometidas por un órgano electoral no especializado conformado por ciudadanos escogidos al azar. Por tanto, pretender que cualquier infracción a la normativa jurídica electoral diere lugar a nulidad de votación iría en contra del ejercicio de la prerrogativa ciudadana de votar en las elecciones y propiciaría la comisión de todo tipo de faltas a la ley dirigidas a impedir la participación del pueblo en la vida democrática. Se señaló que la nulidad procede en los casos expresamente previstos en la ley, siempre y cuando los hechos, defectos o irregularidades influyan en los resultados generales de la votación o que por la razonabilidad nos lleve a establecer que pueda haberse alterado el resultado de la votación. (Causa No. 504-2009).

"…vale recordar una vez más a la recurrente que es su obligación individualizar cada caso de nulidad que alega, estableciendo de forma inconfundible qué causal considera que se verifica, a través de qué hechos, acciones u omisiones y aportando con los elementos que demuestran su alegación; no corresponde al Tribunal realizar una "pesquisa" en busca de piezas que comprueben la nulidad alegada…". (Causa No. 539-2009).

a. 3) NULIDAD DE ELECCIONES

"…estas normas, en ningún momento contemplan la posibilidad de declarar la nulidad de elecciones, o lo que es lo mismo, de todo un proceso electoral, ya sea a nivel cantonal, provincial o nacional. (…) de tal forma que el Tribunal Contencioso Electoral no es competente para declarar la nulidad de las votaciones o de los escrutinios, según sea el caso, sólo por las causales expresamente previstas en la normativa vigente, siempre y cuando esta nulidad sea expresa y oportunamente alegada y comprobada por la recurrente.". (Causa No. 548-2009; y, 581).

b) RECURSO DE REVISIÓN

"… el recurso de revisión sólo podrá proponerse después de ejecutoriada la sentencia condenatoria, por lo que el recurrente en este estado de la causa no goza de los derechos políticos e incurre en la prohibición expresa para ser candidato…". (Causa No. 091-2009).

c) RECURSO DE IMPUGNACIÓN

En sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Electoral, aclara que no cabe proceder a la revisión del proceso solicitado, por cuanto existen otras vías procesales cuya actuación es oportuna, conforme lo expresa:

"…excede el objeto natural del recurso contencioso electoral de impugnación a la inscripción de una candidatura, que no abarca la revisión de los procesos de selección de las candidaturas; para dicha pretensión, existen otras vías procesales que pueden ser oportunamente utilizadas por quienes consideren que en estos procesos se han visto lesionados sus derechos subjetivos…". (Sentencia No. 043-2009).

d) RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL DE APELACIÓN

d. 1) ADJUDICACIÓN DE ESCAÑOS

"La adjudicación de puestos consiste en una operación matemática por la que, una vez proclamados los resultados definitivos y en firme de una elección pluripersonal, el ente de administración electoral realiza en aplicación de la fórmula de distribución de escaños prevista en las normas vigentes, con lo cual determina el número de escaños que corresponden a cada lista y las candidatas o candidatos que resultan electos. Esta acto de adjudicación de puestos es susceptible de apelación para ante el Tribunal Contencioso Electoral, en cuyo caso, el recurrente deberá demostrar que, dados los resultados definitivos de una elección, el organismo electoral correspondiente cometió un error en la aplicación del método matemático previsto en las normas vigentes.". (Causas Nos. 579-2009; 592-2009 y 603-2009).

"…de los resultados numéricos de una elección, notificados por el Consejo Nacional Electoral o por las juntas provinciales electorales, los sujetos políticos podrán ejercer su derecho de impugnación ante el propio organismo que los proclamó, mismo que resolverá ratificando los resultados o corrigiendo los errores numéricos, si fuese el caso…". (Causa NO. 337-2009; y, 568-2009).

e) RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL DE QUEJA

"El Recurso Contencioso Electoral de Queja es un proceso declarativo que busca determinar si la autoridad electoral, dentro del ejercicio de sus funciones

oficiales ha transgredido la norma a la que se encuentra sujeta. Se trata pues, de un proceso de conocimiento que el juez electoral lleva adelante a fin de garantizar, a la ciudadanía, el correcto desempeño de la potestad administrativa electoral; así como, establecer si la funcionaria o funcionario ha incurrido o no, en las diversas facetas de responsabilidad jurídica. De ahí que es indispensable que por medio del análisis de las pruebas a las que pueda tener alcance llegue a conocer los hechos, de tal forma, que pueda llegar a conocer la versión más cercana a la verdad histórica y a partir de ella, encontrar los fundamentos jurídicos pertinentes para declarar la existencia o no de responsabilidades.". (Causa No. 023-2009).

"…este despacho, dentro de un recurso contencioso electoral de queja, se encuentra impedido de declarar la nulidad de escrutinios ya que dicha pretensión es connatural al recurso contencioso electoral de apelación; el mismo que, por responder a fines diferentes; ser sustanciado por el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, y por corresponderle un trámite distinto, en relación al recurso; resultan pretensiones incompatibles entre sí; por tanto, no son susceptibles de atención en un mismo proceso jurisdiccional.". (Queja 035-036-2009).

"Si bien la disposición citada, dice que la prueba se abrirá en la misma providencia, esta Jueza Presidenta, ha considerado en la tramitación de los diferentes recursos contencioso electorales de queja, que para mejor respeto a los derechos de las partes, el periodo de prueba se inicie luego de la citación a la parte recurrida (…) por la necesidad de garantizar el principio de contradicción, específicamente en el sentido de garantizarles el derecho a conocer el contenido del escrito inicial de queja, que puedan comparecer señalando domicilio para notificaciones; y por tanto, que actúen en igualdad de condiciones, luego de la notificación…". (Causa No. 32-Q- 2009; y, 33-Q-2009).

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Iniciamos la presente investigación con la intención de cohesionar los diferentes tópicos del proceso electoral vivido en el año 2009 frente a la democracia deliberativa, enfocados en generar discusión y debates en la academia, sin afán de dar por finalizada esta investigación.

En su momento nos hicimos las siguientes preguntas:

I. ¿Las normas constitucionales referentes a la función electoral, garantizan una verdadera representación y/o participación de los sujetos políticos frente al electorado?

II. ¿La facultad legislativa conferida al Consejo Nacional Electoral en el Régimen de Transición de la Constitución de la República, para las elecciones generales dispuestas en el mismo, configuró un estado de incertidumbre jurídica?

III. ¿La consolidación de la democracia deliberativa y participativa en estados donde impera la anomia social no se agota con el establecimiento de disposiciones normativas que la consagren expresamente, aun con mecanismos que garanticen la satisfacción de los derechos de participación y representación?

5.1. VALORACIÓN DE LOS RESULTADOS Y CONCLUSIONES

Con el fin de ordenar nuestra investigación, para el análisis de los resultados se ha procedido a definir ejes temáticos que permitan cohesionar los resultados obtenidos por el estudio jurídico-electoral de las normativas electorales, justicia electoral, confrontadas con las teorías de la democracia deliberativa.

De tal manera, se constituyen como ejes temáticos, cuyo marco conceptual fue ampliamente tratado anteriormente y que los ubicamos como directrices a tomar en cuenta para nuestras conclusiones, entre los que tenemos:

1. Validez formal de las normas, y la normativa electoral frente a las teorías de la Democracia Deliberativa.
2. La Representación Política en función de intereses y de electores
3. La Justicia Electoral como garantía de los Derechos de Participación.
4. La legitimación dada por el sistema electoral dentro del contexto de la democracia deliberativa.

Para concluir, partimos de la premisa que hablar de democracia es hablar de la vida como mecanismo basado en lo racional y el cual existe una convivencia que se encuentra legitimada cuando se da el consentimiento del ciudadano en la participación en el proceso eleccionario. Por tanto, luego de efectuado el análisis de los resultados encontramos

respecto a la participación de los electores y candidatos a ser elegidos en las elecciones 2009 confrontado con las preguntas de la presente investigación, exponemos las siguiente conclusiones.

I. I.- NORMAS CONSTITUCIONALES REFERENTES A LA FUNCIÓN ELECTORAL, GARANTIZAN LA REPRESENTACIÓN Y/O PARTICIPACIÓN

La existencia de una normativa electoral y de un institucionalismo con características muy particulares que logran un ejercicio democrático bastante complejo, promueve la inclusión de nuevos actores en el ejercicio democrático, como se comprueba en lo expresado en la CR, y esto generó un urgente debate a favor y en contra de la participación.

La participación de nuevos electores y actores, como la inclusión de nuevos movimientos sociales, con nuevas reglas de actuación conferidas por el Régimen de Transición, pretendieron promover una activa participación de los grupos sociales marginados y de los partidos políticos tradicionales y de nuevos movimientos, al tener como único requisito el recolectar el 1% de respaldo del electorado del respectivo cantón para presentar su candidatura.

No obstante, la descomposición de las tendencias ideológicas que actualmente impera en los partidos y movimientos políticos ecuatorianos, y en general la deficitaria práctica política, frustró las buenas intenciones de los constituyentes, ya que el ejercicio del poder ha servido para mantener las viejas estructuras sociales. Lográndose únicamente un aumento en la oferta de movimientos y partidos políticos con nuevas banderas y colores, pero con muy pocas ideas consensuadas, debatidas públicamente con la participación de los sectores antes marginados.

Se incorpora a esta problemática el surgimiento e incorporación al sistema político de movimientos políticos y sociales que son el reflejo de la falta de ideología, de la ausencia de un proyecto político claro y coherente, pero que están llenos de buenas intenciones para la administración de la res pública.

La tendencia ideológica del candidato auspiciado por un partido y/o movimiento político no se la puede determinar con claridad, porque ni

siquiera su auspiciante la tiene definida. Revisados los planes de gobierno, vemos que son una mezcla de buenas intenciones, pero que de ninguna manera expresan el camino a seguir para conseguir todas las metas que se proponen, por cuanto no son medibles ni cuantificables. En los mismos no se expresa de manera clara la responzabilizacion (acountability) como forma de rendir cuentas ante el electorado que le confiere el mandato.

Adicional a lo anterior, concluimos que las normas constitucionales referentes a la función electoral, no fueron interpretadas y aplicadas de conformidad con la voluntad del constituyente, cuyo objetivo principal, o uno de los principales, fue la depuración del sistema democrático, creando, para ello, nuevos mecanismos de democracia directa, consagrando nuevos derechos de participación, así como nuevas garantías constitucionales para controlar el cumplimiento de la normativa constitucional.

Está latente la escasa cultura no solo constitucional sino electoral de los actores políticos y electores/ciudadanos en general, a pesar de que tuvieron conocimiento del alcance de las disposiciones constitucionales que debían regir el proceso electoral, durante el ejercicio de sus derechos en las reclamaciones no expresaban de forma consistente sus argumentos.

II.- LA FACULTAD LEGISLATIVA CONFERIDA EN LA CONSTITUCIÓN AL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL CONFIGURÓ UN ESTADO DE INCERTIDUMBRE JURÍDICA.

La facultad legislativa conferida al Consejo Nacional Electoral en el Régimen de Transición de la CR, para las elecciones generales dispuestas en el mismo, fue ejercida mediante resoluciones adoptadas por el pleno del organismo electoral, las cuales crearon mucha confusión en los sujetos políticos, pues el proceso electoral no estaba siendo regulado por normas previamente establecidas y de conocimiento público, sino por resoluciones administrativas de carácter general que no eran publicadas en el Registro Oficial. Este desconocimiento de la nueva normativa electoral generó, como era de esperarse, un ambiente de incertidumbre y caos entre los sujetos políticos; por tanto, la falta de certeza tuvo como consecuencia que la participación de nuevos actores políticos sin experiencia previa y sin una estructura consolidada por lo menos en

cuanto al área del Derecho Electoral, pero claramente con ideas renovadas y nuevos objetivos sociales, haya sido obstaculizada y, por ende, su inserción en la contienda electoral, restringida.

III.- LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y PARTICIPATIVA EN ESTADOS DONDE IMPERA LA ANOMIA SOCIAL NO SE AGOTA CON EL ESTABLECIMIENTO DE DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE LA CONSAGREN EXPRESAMENTE, AUN CON MECANISMOS QUE GARANTICEN LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN.

Luego del análisis efectuado respecto de las normas que rigieron en las elecciones 2009, y a la luz de lo establecido en el concepto normativo de democracia deliberativa, que se fundamenta en los principios del liberalismo: - autonomía individual, - inviolabilidad de la persona, y – dignidad de la persona; podemos concluir que NINGUNO de estos principios se aplicaron de forma óptima, y, por tanto, no es posible hablar de democracia deliberativa en el contexto del sistema político imperante en Ecuador.

Lo conceptuado por Habermas en su Teoría de la Acción Comunicativa y por John Rawls en su modelo teórico de la Posición Original, está enmarcado en el método conocido como constructivismo ético o kantiano, que consiste en, muy sintéticamente, un procedimiento de construcción en el que personas libres e iguales consienten unánimemente en el respeto de ciertos mínimos, como presupuestos para la toma de decisiones mayoritarias.

No por el mero hecho de que los electores que conforman el Registro Electoral[78] hayan escogido a unos candidatos en la circunscripción territorial[79] determinada para el gobierno local, provincial y nacional,

[78] Registro de electores antes denominado Padrón Electoral que es entregado por el Registro Civil tomando en cuenta los habitantes del territorio Ecuatoriano que han obtenido su cédula de ciudadanía.

[79] La determinación de la circunscripción territorial determina el número de representantes a ser elegidos y el número de habitantes que eligen.

significa que esos candidatos elegidos, los actuales políticos, representan los intereses de los sufragantes.

La democracia deliberativa busca la implementación de un sistema de toma de decisiones en los que prime el debate, el intercambio de ideas. La democracia, cumpliendo con ciertos requisitos, es la forma de gobierno que más se asemeja al discurso moral de la modernidad, el cual, entre otras cosas, tiene como principal objetivo la adopción del punto de vista imparcial, desde el que deben contemplarse los diferentes intereses en conflicto.

El discurso moral constituye una técnica para obtener consensos, con la finalidad de reducir conflictos y facilitar la cooperación.

El pluralismo de intereses, y de perspectivas, complejiza profundamente la problemática social. Cuán difícil resulta, hasta para el más erudito o sabio, comprender y entender esta diversidad de intereses.

La concepción normativa de la democracia sostiene que existen ciertas precondiciones, o derechos que se deducen de los principios básicos del liberalismo, y que deben ser garantizados como paso previo a la toma de decisiones. La satisfacción de estos derechos es condición necesaria para depurar el sistema democrático. El cumplimiento de las obligaciones jurídicas no solo supone la abstención estatal, sino, más bien, impone la prestación de servicios públicos para la satisfacción de mínimos de decencia, que todo ser humano, por el solo hecho de ser tal, requiere.

5.2. RECOMENDACIONES

Para generar gobernabilidad en el Ecuador es necesario lograr el desarrollo de una cultura política democrática, ya que la existente es aún muy débil, como consecuencia de la transición vivida, donde pasamos de un período de completa inexistencia de representación a otro periodo en el que se pretende depurar la representación. Los ecuatorianos no nos preparamos en el desarrollo de una cultura política y las consecuencias las vivimos ahora, pero no estamos tarde ni es el final del camino, con decisión podremos alcanzar nuestra gobernabilidad.

Se ha dejado claro que para generar gobernabilidad, uno de sus principios es la legitimación y la representatividad de los partidos políticos y de sus instituciones.

Lograr que la Universidad, como foro académico, asuma su misión social de ser el foro donde se discutan y debatan las ideas de forma crítica, garantizando la absoluta libertad de pensamiento y de expresión.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. ANDRADE Santiago, TRUJILLO Julio César y VICIANO Roberto. Editores. (2004). La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano. Quito. Corporación Editora Nacional. 1ª. Edición.

2. BOBBIO, Norberto (2001) El futuro de la democracia.- México.- Fondo de Cultura económica. 3ª reimpresión 2005.

3. BOBBIO, Norberto (2003) Teoría General de la Política.- Madrid.- Editorial Trotta.

4. BOVERO, Michelangelo.- (2002) Una Gramática de la democracia, contra el gobierno de los peores.- Madrid. Editorial Trotta

5. DURANGO, Gerardo.- (2006) Derechos Fundamentales y Democracia Deliberativa: "Una aproximación de la teoría habermasiana".- Bogotá. Editorial Temis.

6. GARGARELLA, Roberto.- (1996) La Justicia frente al gobierno.- Barcelona. Editorial Ariel.

7. GARGARELLA, Roberto.- (2008) Teoría y Crítica del Derecho Constitucional.- Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot.

8. HABERMAS, Jurgen.- (2005) Teoría de la Acción Comunicatica: Racionalidad de la acción y racionalización social.- Editorial Taurus.- Mexico

9. HABERMAS, Jurgen.- (1998).- Facticidad y Validez (sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría

del Discurso) cuarta edición, traducida por Manuel Jiménez Redondo, p. 381, Editorial Trotta, Madrid.

10. ECHEVERRÍA, Julio.- (1997) La Democracia Bloqueada: Teoría y crisis del Sistema Político Ecuatoriano.- Editorial Letras.- 1ª Reimpresión 1999.

11. KELSEN, Hans. (2005) Teoría General del Estado, Ediciones Coyoacán S.A. de C.V, 2ª edición, Publicado con autorización del Instituto Hans Kelsen en Viena.

12. KELSEN, Hans (1958) Teoría General del Derecho y del Estado, Imprenta Universitaria, México, 2ª edición, traducción de Eduardo García Maynez.

13. MEJÍA QUINTANA, Óscar.- Derecho, Legitimidad y Democracia Deliberativa.

14. MICHELS, Robert.- (2003) Los Partidos Políticos I: Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna.-, Buenos Aires. Editores Amorrortu.1ª edición 6ª reimpresión.

15. MICHELS, Robert.- (2003) Los Partidos Políticos II: Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna.-, Buenos Aires. Editores Amorrortu. 1ª edición 6ª reimpresión.

16. NINO, Carlos Santiago.- (1997) La Constitución de la Democracia Deliberativa.- Barcelona. Editorial Gedisa.

17. NINO, Carlos Santiago.- (1992) Fundamentos de Derecho Constitucional.- Buenos Aires. Editorial Astrea.

18. NOHLEN, Dieter (1995) Sistemas Electorales y Partidos Políticos.- México, Ed. Universidad Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica.

19. PACHANO Simón, coordinador.- (1997) Modernización de las instituciones democráticas: El Congreso. Ecuador.- FLACSO-sede Ecuador.- 1ª edición.

20. PRESNO LINERA MIGUEL ANGEL.- (2000) Los Partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia.- España.- Ariel Derecho. 1ª edición.

21. RIVERA MOLINA, Ramiro.- (2006).- Reforma Política: más dudas que certezas. Quito- Ecuador. Fundación Honrad Adenauer. 1ª edición.

22. ROUSSEAU, Jean-Jacques, (1999) El Contrato Social. Madrid. Editorial Boreal.

23. SARTORI, Giovanni.- (1976).- Partidos y sistemas de partidos: Marco para un análisis.- Alianza Editorial S.A. Madrid.- segunda edición ampliada 2003.- Versión de Fernando Santos Fontenla.

24. SARTORI, Giovanni.- (1978) ¿Qué es la democracia? ,3era edición 2003.- Editorial Taurus.- México. Traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y maría Cristina Pestellini Laparelli Salomón.

25. STUART MILL, John.- (2001).- Consideraciones sobre el Gobierno representativo.- Madrid.- Alianza Editorial S.A. Madrid.- Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, tomado de la tercera edición del libro original emitido en 1865.

26. TOURAINE, Alan (1994) ¿Qué es la democracia?- Editorial Fondo de Cultura Económica, primera edición en español 1995. Traducción de Horacio Pons. México.

Derecho Penal

ENSAYO CRÍTICO DE LA GESTIÓN DOGMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL PERÚ

Carlos Pajuelo Beltrán*

"… la tecnología es sin duda una aplicación
y una consecuencia pero desde
luego no la sustancia primaria.
La tecnología te lo da todo enseguida,
mientras que la ciencia avanza despacio".

Umberto Eco

RESUMEN:

Los nuevos delitos tecnológicos avanzan día a día y con ellos, quienes estudian riesgos que ponen en riesgo a las infraestructuras gubernamentales buscan la colaboración mutua de los gobiernos para la lucha y prevención del crimen tecnológico.

ABSTRACT:

New technological crimes progressing day by day, and with them, those who studied risks threatening Government infrastructures are looking for mutual collaboration of Governments to the fight and technological crime prevention.

PALABRAS CLAVES:

Criminalización; Bien Jurídico, Materia Informática; Delito Informático; Hackeo; Crakeo; Cibercrimen; Sistema Informático.

* Agente Aduanas SUNAT PERÚ.

KEY WORDS:

Criminalisation; Legal Right; Computing matter; Computer crime; Hack; Crack; Cybercrime; Computer system.

INTRODUCCIÓN

A propósito de una invitación por parte del gremio de trabajadores judiciales para poder brindar algunos alcances respecto de los llamados Delitos Informáticos en un foro muy interesante, preparamos unos apuntes que fueron desarrollando la temática sobre el bien jurídico tutelado en el llamado cibercrimen, en especial de su carácter esencial.

Como alguien curioso del tema lo primero que llamó mi atención fue la delimitación del evento criminal en materia de crímenes cometidos teniendo como instrumento a la tecnología.

Ciertamente al dar un vistazo a la legislación peruana y comparada nos dimos con la "sorpresa" de que el legislador había preparado una esquematización errónea para integrar a los llamados delitos informáticos en el cuerpo legal penal o debiera decirse corporatividad legal penal. Se vulneraba una vez más los cánones elementales mínimos para que el proceso de criminalización culmine con una norma limpia en atención a la técnica legislativa adecuada.

Carnelutti [1]dice que "…Las leyes, pues, están hechas, si no precisamente solo, por lo menos también por hombres que no han aprendido a hacerlas" refiriéndose que la calidad de juristas decae por la democratización de su elección y no su adecuada selección. En algunos casos de países vecinos, por ejemplo, el caso de Colombia para el tratamiento del intrusismo y crackeo, se adopta la solución "intermedia" con una técnica legislativa distinta y formula un título especial dentro de su código penal para tipificar la protección penal de la protección datos (data base) y de los sistemas informáticos.[2]

---

[1] Francesco Carnelutti. Cómo Nace El Derecho. Editorial Temis S.A. 2000.

[2] Ley 1273 que modifica el Código Penal colombiano.

Así también, en el caso de Chile simplemente se produce una Ley especial – Ley 19223 – que no introduce nada a la estructura de su código penal y opta por lo que se conoce como una ley penal especial. Los Estados Unidos lo tienen más claro y basan su política criminal en la protección a la seguridad de la información[3], una suerte de posición ecléctica si se quiere. En el caso peruano tenemos menudo problema, veamos.

La dogmática penal ciertamente plantea que para que un acto hecho por el hombre sea considerado delito debe de haber activado todos los pasos o fases del proceso de criminalización. Claus Roxin[4] en este sentido enuncia que no se debe perder a la solución social de conflictos como el eje de la función político-criminal de la antijuridicidad, para lo cual el legislador debe ceñirse a un número limitado de principios ordenadores.

Pues bien, al referirnos preferentemente a la criminalización primaria y secundaria tenemos que señalar la denominada alarma social en materia de uso de la tecnología prácticamente sigue la suerte de todos los demás delitos cuyo objeto de tutela jurídica es de carácter supra-individual, esto es, no acusa una gravedad más o menos ostensible. Pero, cuándo se advierte el peligro, o debiéramos decir cuándo se produce el riesgo de la afectación es cuando a niveles empresariales de alto nivel se percibe un evidente atentado a probablemente legítimos intereses económicos.

En fin, cuando se atenta contra intereses básicamente de personas jurídicas se activa la alerta propia de la teoría del control social. Entonces viene la necesidad de precisar el primer nivel de composición de todo delito, que no es otra cosa que identificar claramente el bien jurídico materia de tutela penal en materia informática.

La discusión estriba en saber si el bien objeto de tutela es la información propiamente dicha, llegando en todo caso a existir un breve

---

[3] Se tutela la seguridad personal, social y principalmente estadual en el manejo de la información vía telemática (La seguridad en la red es un concepto que debe ser materia de un estudio más amplio per se).

[4] Claus Roxin. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Editorial Hammurabi SRL. 2002. Pág. 20.

avocamiento en la doctrina respecto si esta información tendría recién el rango de protección una vez que es transmitida, esto sancionaría el tráfico de la información y quedaría ligado a un nuevo sub elemento: los efectos de dicha transmisión.

Definitivamente la discusión al respecto puede seguir y seguir pero no es la intención del presente ensayo el expugnar dicha controversia sino el dirigir la atención a la técnica legislativa utilizada para la subsunción de la afectación en materia informática primero desde el punto de vista autoral y luego – ciertamente de manera inexplicable- en el ámbito de la defensa penal del patrimonio.

El dispositivo que integra los delitos informáticos a legislación penal es la ley 27309 que tiene su basamento en la protección jurídica desde el punto de "patrimonial" de la información. Aceptando aquello diremos que los delitos informáticos no pueden estar limitados a la univocidad de un bien objeto de tutela sino que este tipo de perpetración ingresa, en todo caso al plano de aquellas figuras delictivas a las que la dogmática penal otorga el carácter de pluriofensiva en cuanto al bien jurídico de tutela penal, esto es, que la lesividad produce la afectación a varios bienes jurídicos. Sin embargo la técnica legislativa elegida para el tratamiento en el código sustantivo en el caso peruano inicia una suerte de degradación de la figura penal resultante dado que en otros segmentos de la norma ya se encuentran tipificadas las diversas figuras de ciber crimen.

Por lo demás, el mismo ingreso de la figura del delito informático en la forma en que el código penal peruano viene en absorber no es la más feliz debido a que en todo caso se debió asumir la forma de una ley penal especial como en el caso de la legislación chilena[5] que optó por la ley especial y se quitó de encima la tarea de descontextualizar la tipificación de las perpetraciones contra los sistemas de información expugnando otras figuras del código penal.

---

[5] Chile. Ley 19223 *RELATIVA A DELITOS INFORMATICOS*. "Artículo 1º.- El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.
Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo".

Existe otra posición similar a la peruana como es el caso de Colombia que genera todo un nuevo Título –el VII- en su Código Penal sobre la base de un nuevo bien jurídico tutelado que no es otra que la "protección de la información y los datos".[6] Por lo menos se observa que se trata de evitar la mezcla o confusión con otras figuras penales como nos pasa en el caso peruano.

Para empezar la norma que admite los delitos informáticos desglosa el artículo 207 del Código Penal en tres figuras adicionales. La primera ingresa en el artículo 207 A, que trata sobre el hackeo de la información. La segunda tiene el espacio mediante el denominado artículo 207 B que tipifica las prácticas de daños a sistemas de información y base de datos más conocido como crackeo. Y, por último el artículo 207 C que trata sobre las "circunstancias agravantes" de este tipo de figura consistiendo estas en el acceso y manipulación de información de relevancia en el ámbito de la seguridad nacional.

Lo primero que debemos observar es que se ingresan estas figuras dentro del Título V del código sustantivo que trata sobre los Delitos Contra el Patrimonio. Como es natural, respecto de la naturaleza patrimonial de la información ya la discusión estaba planteada de mucho tiempo atrás por cuanto dicha acepción de patrimonial tal vez sería más apropiada para los casos de información contenida en un soporte mecánico pero de ninguna manera en el caso de información contenida en un soporte magnético.

El problema de no tener claro por lo menos un modelo "racional" puede ser lesivo dado que el juzgador no tiene mucho rango de acción para evitar la falta de aproximación a la solución del caso concreto. Díez Ripollés por ejemplo invoca adoptar un modelo racional mínimo de legislación en el plano prescriptivo para no caer en error, además de un parámetro de control mínimo de la norma.[7]

---

[6] La Ley 1273 de 2009 creó nuevos tipos penales relacionados con delitos informáticos y la protección de la información y de los datos con penas de prisión de hasta 120 meses y multas de hasta 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[7] José Luis Díez Ripollés. "La Racionalidad Legislativa Penal: Contenidos e instrumentos de control." Revista Peruana de Ciencias Penales. Nro. 17. IDEMSA. 2005.

Es el caso del tratamiento internacional del tema tenemos que el Convenio de Budapest[8] del año 2001 la entonces Comunidad europea tuvo la intención de homologar los términos relativos a la tutela jurisdiccional penal a nivel de todos los países suscribientes y en el artículo 2 dio una pauta interesante: " Los Estados firmantes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, el acceso doloso y sin autorización a todo o parte de un sistema informático. En realidad los europeos en este foro intentaron con vano éxito marcar la pauta para la prosecución o represión policial de las actividades y no se hizo un análisis de la base jurídica de las figuras penales pretendidas de combatir, así, lo que podría ser un meridiano avance constó en el acuerdo de que los Estados suscribientes podrán exigir como requisito tipificante tres ingredientes: que la infracción sea cometida con vulneración de medidas de seguridad y que se perpetre con la intención dolo de obtener los datos informáticos o con otra intención delictiva, o también podrán requerir que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático"[9].

Evidentemente la orientación europea trata de proscribir toda conducta eminentemente dolosa de ingreso a una base de datos y sancionarla pero de modo tal que aun se requiera el elemento preexistente de vulneración de un sistema de seguridad para que la tipicidad funcione.

Sin embargo la orientación de este ensayo va dirigido no al aspecto de tipicidad o culpabilidad de la conducta que se pretende acotar como negativa de manera sofisticada sino que nos interesa la afectación antijurídica que creemos mediatizada al no identificarse un claro bien u objeto de tutela penal, lo que ocasiona en la práctica esos diversos tratamientos en la legislación de cada país.

Ese tratamiento corre básicamente bajo dos vertientes: la primera que tiene que ver con la convivencia de los delitos informáticos con las

---

[8] -Convenio sobre Ciber criminalidad Budapest. 23. Nov. 2001. Considerado como el primer instrumento supranacional sobre la materia.

[9] La principal traba que encontró el Convenio de Budapest y que no pudo superar el evento de Berna al años siguiente fue el problema de la soberanía o competencia para la adecuada represión de estas actividades, pero ello no es leiv motiv del presente trabajo.

perpetraciones de carácter patrimonial. Y por otro lado la que simplemente se limita a perseguir a todo aquel que invada y afecte los sistemas informáticos protegidos por derechos de propiedad intelectual[10] y seguridad, aplicando sanciones más que severas.

En el caso peruano tenemos la mala fortuna de haber elegido la primera vía insertando las figuras de cibercrimen dentro de un marco relativo a los delitos contra el patrimonio. Insertar dentro de los delitos contra el patrimonio a las perpetraciones vía ordenador colisiona con la naturaleza misma del patrimonio que es la susceptibilidad de ser transmitido, trasladado, desplazado de un lugar en el espacio a otro lugar en el espacio.

En cambio si comparamos la naturaleza del contenido de la información contenida en un soporte magnético y las reducimos a una figura básica del delito contra el patrimonio denominada "hurto simple", encontraremos que en el caso de la información soportada magnéticamente no se puede producir el despojo o apoderamiento dado que simple y llanamente no es posible distinguir la copia de un original, llegando a afirmarse que la copia efectuada de un original puede perder calidad pero no se ha de producir el tan despreciado acto del "despojo".

El artículo 207 del Código sustantivo que fue desglosado para dar pase a las figuras de los delitos informáticos prescribe lo siguiente: "El que produce o vende alimentos, preservantes, aditivos y mezclas para consumo animal, falsificados, corrompidos o dañados, cuyo consumo genere peligro para la vida, la salud o la integridad física de los animales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con treinta a cien días-multa".

La pregunta viene de natural. ¿Qué cosa tiene que ver la venta de productos ilícitos de alimentos de consumo animal con los delitos computacionales? Pues nada. Desprendiéndose que la técnica legislativa empleada en el Perú en esta materia no es del todo feliz. Y podemos sustentar ello en otros aspectos, por ejemplo, si observamos el caso de que tampoco se puede invocar la pluriofensividad del bien jurídico

[10] Emitiéndose una ley penal especial como en el caso de EEUU por ejemplo.

tutelado en materia penal dado que cada una de las figuras contenidas ya tiene una contraparte en otro acápite del código penal con sanciones incluso más altas que las que prescribe el desglosado artículo 207 A, B y C.

Así en el caso del hacker o piratería informática no hay mayor problema porque se configura el intrusismo respecto de bases de datos, sin embargo al detenernos en lo referido a que se sanciona también la copia de información en tránsito nos podemos percatar –como ya bastante lo advirtió la doctrina-[11] de la imposibilidad de equiparar el desplazamiento de la información como desplazamiento patrimonial porque no existe la cosa material necesaria para que se configure delito contra el patrimonio.

Luego nos encontramos con otra forma de delito contra el patrimonio que es el delito de daños y que se encuentra contenida en el artículo 205 que a la letra dice "… el que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa."

Nuevamente nos encontramos en la imposibilidad de equiparar la información soportada en medios magnéticos como bienes (muebles o inmuebles) total o parcialmente ajenos, de modo tal que el artículo 207 B que está orientada a sancionar los daños ocasionados en los sistemas informáticos[12] se muestra como una figura impropia penalmente.

Pues bien, para casi para finiquitar esta apreciación legal tenemos que la figuras cibercriminales como son el hackeo (intrusismo) y el crackeo (ocasionar daños al sistema informático), aparentemente más agravadas vendría a ser la contenida en el artículo 207 C que se encuentran referidas a siguientes circunstancias:

---

[11] Moisés Tambini Vásquez en su compendio sobre Informática Jurídica coincide. Universidad Alas Peruanas. Año 2007.

[12] Artículo 207-B.- Alteración, daño y destrucción de base de datos, sistema, red o programa de computadoras

- Que se efectúe dentro del ejercicio de un cargo; y,
- Que ponga en peligro la seguridad nacional.

Vemos que la primera no explica si debe tratarse de un ejercicio de cargo público o privado. En todo caso se debió el legislador ser más taxativo pero se debe entender que se trata de perpetrar en ejercicio de un cargo dentro de una entidad pública o privada. Lo que sí es relevante es el segundo acápite referido a que se considera circunstancia agravante que la actividad de hackeo o crackeo se realice poniendo en riesgo la seguridad nacional y por ejemplo en el plano del bien jurídico materia de tutela tenemos que claramente viene a ser la seguridad nacional que ya se encuentra protegida en el título XV del código sustantivo que en su Capítulo I relativo a los Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria (Artículo 325 al 334) se llega a establecer inclusive una pena no menor de quince años por acto de sometimiento de la patria.

Es decir que la pena es más grave que la prescrita por el artículo 207 C que plantea pena privativa de libertad no mayor a los siete años. Y ello se repite en las otras figuras, cabiendo entonces preguntarse si la normativa vigente debió – creemos que si- seguir por lo menos la égida de la ley penal especial sin alterar el código penal vigente o hacer como en el caso colombiano que procedieron a integrar un nuevo capítulo, título a esquema de clasificación de delitos sin comprometer la rígida lógica jurídica que demuestra por simple eurística y hermenéutica elemental que se produce una colisión de normas, lo que no hace otra cosa que comprometer al juez a elegir una u otra dentro de un esquema de codex propio de nuestra cultura jurídica sistémica romano germánica cada vez más en declive.

Por último, lo que debe diferenciarse claramente y no lo hace –como acabamos de probar- la técnica legislativa elegida en no solo en nuestro país sino en otros como España cuyo código penal sanciona el apoderamiento de la mensajería de correo electrónico con una pena de prisión no mayor a cuatro años, o también países dentro de la región como Brasil que para sostener su posición en contra de la perpetración de ilícitos a través del ordenador colige su legislación (Código Penal) protegiendo como un bien jurídico de naturaleza autoral el software, lo cual se encuentra en discusión (antes ya señalada y de amplio debate) en la doctrina por cuanto la naturaleza de producción intelectual del

software tiene su esencia en el derecho de propiedad industrial o patentes.

Pero es interesante el caso de Alemania[13] que plantea en una ley especial la proscripción de delitos informáticos ingresándolos al ámbito de tutela jurídica de los bienes económicos de naturaleza económica,[14]lo que si deviene en más razonable a la lógica de protección de cualquier base de datos siempre que tengan un componente de valor económico insoslayable. La pregunta sobre la necesidad de catalogar la información de acuerdo a su "importancia" en todo caso, es tarea por venir.

Una muestra de la limitación del Ius puniendi[15] estatal pertinente se da en los otros casos vinculados al cibercrimen como son los ilícitos de fraude o "estafa informática" como el caso de Fishing, Scamming (pesca a través de la clonación de páginas web el primero y utilización de argucias tecnológicas para obtener claves de seguridad y beneficiarse ilícitamente el segundo.) son delitos computacionales por cuanto se utiliza el ordenador y las Tics[16] par su perpetración.

Todos ellos ya tienen su complemento legislativo en el Título V, Capítulo V del Código penal peruano sobre Delitos Contra el Patrimonio en las figuras de estafas y otras defraudaciones de modo tal que aquí si no se vió la necesidad de agregar mayor texto el corpus juris penal, a diferencia del tratamiento del hackeo , crackeo y sus eventuales agravantes por causa de riesgo de la seguridad nacional.

Autor: Carlos Alberto Pajuelo Beltrán
Catedrático de Criminología e Informática Jurídica Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

---

[13] Ver el trabajo de Egil Ramírez Bejarano y Ana Rosa Aguilera Rodríguez. en el link: http://www.eumed.net/rev/cccss/04/rbar2.pdf

[14] Segunda Ley Contra la Criminalidad Económica.

[15] Hernán Hormazábal Malareé. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. Edit. IDEMSA. 2005. Pág. 24-25.

[16] Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Bibliografía Principal:

- Hernán Hormazábal Malareé. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. Edit. IDEMSA. 2005. Pág. 24-25.

- Moisés Tambini Vásquez en su compendio sobre Informática Jurídica. Universidad Alas Peruanas. Año 2007.

- José Luis Díez Ripollés. "La Racionalidad Legislativa Penal: Contenidos e instrumentos de control." Revista Peruana de Ciencias Penales. Nro. 17. IDEMSA. 2005.

- Claus Roxin. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Editorial Hammurabi SRL. 2002.

- Umberto Eco. "A Paso de Cangrejo". Primera Edición, 2007. Editorial Nomos S.A.

- Francesco Carnelutti. Cómo Nace El Derecho. Editorial Temis S.A. 2000.

- Convenio sobre Ciber criminalidad Budapest. 23. Nov. 2001. Considerado como el primer instrumento supranacional sobre la materia.

- Convenio de Berna.

- La convención sobre la Propiedad Intelectual de Estocolmo.

- La Convención para la Protección y Producción de Phonogramas de 1971.

- Segunda Ley contra la Criminalidad Económica de 1986 en Alemania.

- 10. Boletín de las Naciones Unidas sobre los delitos informáticos de 2002

LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA CON RELACIÓN A LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN ESPAÑA*

Catalina Peña Guillén**

RESUMEN:

El estudio analiza la imputación a la víctima desde la perspectiva de los delitos relacionados a la manipulación genética en la legislación española. Se inicia con algunos aspectos relacionados a estos delitos y se ofrece una descripción de los principales aportes jurisprudenciales y doctrinarios sobre imputación a la víctima. Para analizar los casos en estudio se recurre a la normativa del sector, en donde el consentimiento informado es indispensable para la valoración de la imputación del paciente-víctima. De esta situación se desprenden aspectos especiales que pueden aportar a la construcción dogmática sobre el tema; en este sentido

* Debo indicar que este estudio es parte de mi tesis doctoral (sin publicar) titulada «Manipulación genética «sensu lato» y Derecho penal: Reflexiones sobre algunos presupuestos dogmáticos», defendida en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Barcelona (mayo 2009) ante el Tribunal presidido por el Dr. Santiago Mir Puig (Universidad de Barcelona), y conformado por el Dr. Carlos Romeo Casabona (Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco) y la Dra. Linda Nilsen (Universidad de Copenhague); la tutoría estuvo a cargo de la Dra. Mirentxy Corcoy. Con los datos anteriores me gustaría justificar que el tema escogido y relacionado a la legislación española tuvo como meta profundizar en los conocimientos de estos delitos con el objetivo de reflexionar sobre ellos dentro de la legislación de mi País, cuyo incalculable y privilegiado patrimonio genético, amerita que se estudie el tema con la finalidad de proteger dicho patrimonio. Previamente, mi interés sobre el tema me hizo elaborar mi tesis de fin de carrera en la Universidad de Cuenca, sobre "La Clonación humana y Derecho civil ecuatoriano" (sin publicar).

** Dra. en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca y Dra. en Derecho con Mención europea por la Universidad de Barcelona. Master en Derecho penal. Estancias en: Instituto Max Planck (Alemania), Cátedra de Derecho y Genoma Humano (Universidad de Deusto), Departamento de Derecho penal (Universidad de Aarhus). Fundó y dirigió el GRAI-UC. Preparación de proyecto postdoctoral en Dinamarca. catyp6@yahoo.com

se presenta la importancia de los principios de naturaleza individual, la organización complementaría, la autoría y participación del paciente-víctima.

ABSTRACT:

The study analyzes charging the victim from the perspective of offences relating to genetic manipulation in Spanish law. Starts with some aspects relating to these offences, and provides a description of the main case law and doctrinal contributions on attribution to the victim. To analyze the case study are used in accordance with the rules of the sector, where consent is essential for the assessment of the imputation of the patient-victim. This situation gives rise to special aspects that can contribute to the dogmatic construction on the subject; this sense presents the importance of the principles of individual nature, the Organization would complement, authorship and participation of the patient-victim

PALABRAS CLAVES:

Imputación a la víctima, delitos relativos a la manipulación genética.

KEY WORDS:

Charging the victim, Offences relating to genetic manipulation

SUMARIO:

I. Introducción: Algunos aspectos sobre los delitos relativos a la manipulación genética. II. La imputación a la víctima: Apreciaciones del principio de autorresponsabilidad desde la perspectiva de los delitos relativos a la manipulación genética. III. Estado dogmático: Casos jurisprudenciales, principales expositores y planteamientos más destacados para tratar el tema. A) Casos jurisprudenciales. B) Planteamientos doctrinales. IV. El consentimiento informado y el principio de autorresponsabilidad: El inevitable regreso al consentimiento en ciertos tipos de la Parte Especial. A) Los principios de naturaleza individual y el principio de autorresponsabilidad dentro de la imputación a la víctima. B) Normativa sectorial. V.

Algunas reflexiones sobre la imputación a la víctima con motivo de los delitos relativos a la manipulación genética. A) Riesgo permitido. B) Libertad en la disposición del bien jurídico y responsabilidad. C) Relevancia del principio de autorresponsabilidad. d) Organización complementaria de la acción. VI. Conclusiones. Bibliografía

I INTRODUCCIÓN: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

Los delitos relativos a la manipulación genética son incorporados definitivamente en la legislación española por medio de la Ley Orgánica del Código penal de 1995.[1] Previamente, desde la aprobación de la Constitución en 1978, se emprendieron esfuerzos tendientes a conseguir el llamado «Código penal de la democracia». Los intentos se dieron desde 1980, con la participación de varias comisiones, cuyo objetivo era la formulación de un proyecto de Código Penal, hasta que en 1992 sale a la luz el Anteproyecto, con Tomás Quadra-Salcedo como titular del Ministerio de Justicia[2]. La suerte de los delitos de manipulación genética dentro de los diversos anteproyectos y proyectos de ley anteriores al Código Penal de 1995 fue muy variada, así, se pasa de incluirlos en algunos de ellos y retirarlos en otros. La discusiones que atañen a los delitos de manipulación genética en el Congreso de Diputados y en el Senado no fueron muy ricos ni en su forma y ni en su fondo, pues, muy poco se discute sobre ellos.[3] Finalmente, el Código penal de 1995, es

---

1 Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre.

2 ACP 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, pp. 13 ss.

3 ACP 1992, Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial, CDJ, Madrid, 1991, pp. 49 ss.,165-166, 204 ss., 243 ss., 260; PCP 1992, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 13. pp. 15-16, pp. 17-18, pp. 25 ss.; ACP 1994, Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 5, pp. 151 ss; PCP 1994, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 19 ss., pp. 216 ss., pp. 221 ss., LOCP, Trabajos parlamentarios, T. I., Cortes Generales, Madrid, 1996, pp. XI-XII, pp. 9 y 95, pp. 1227 ss, pp. 1231, pp. 1319 ss, pp. 1485 ss., 1509 y 1571, pp. 1579, 1605 y 1677, pp. 1768 ss., enmiendas: 312, 313, 314, 315, p. 1940, pp. 1959 y 1586, p. 2064, pp. 2237, 2265 y 2339, p. 2499. pp. 2850 ss.

modificado mediante la Ley Orgánica de 2003[4] con el fin de realizar cambios técnicas con el objetivo de conseguir una mejora del sistema del Código Penal; en cuanto a los delitos de manipulación genética las reformas cambian la enumeración de los artículos e incluyen consecuencias accesorias.

Los delitos relativos a la manipulación genética están relacionados a la protección de bienes jurídicos supraindivuales. En este sentido y conforme al principio de lesividad u ofensividad *(nullum crimen sine iniuria)*, el postulado central del Derecho penal es la protección exclusiva de bienes jurídicos[5]. Desde el inicio de la Teoría del bien jurídico, se consideró la existencia de bienes jurídicos individuales, que responden al modelo de Estado liberal, luego, con la entrada del Estado social y la participación del ciudadano en la vida política, social, cultural, etc., surgen nuevos intereses que atañen a toda la colectividad[6]. Sobre el tema, Sgubbi en su trabajo se refiere a *intereses difusos,* relacionados a la colectividad, lo que conlleva a elaborar un concepto de bien jurídico diferente a la concepción tradicional del mismo, sobre el cual algún sector doctrinal que en cierta medida, identifica intereses difusos con los bienes jurídicos colectivos.[7] A criterio de este estudio se considera que existe una diferencia entre los bienes jurídico-penales colectivos y los bienes jurídico-penales supraindividuales, los primeros protegen a colectivos específicos como los trabajadores, los menores de edad, los niños, los indígenas, etc, mientras que los segundos si bien atañen a toda la humanidad, pero están legitimados por su conexión con un bien jurídico individual y una clara relación con el individuo[8], en este caso estaría los

---

4 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

5 González Cussac, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», PJ núm. 28, 1992, pp. 7 ss.

6 Carbonell Mateu, «Breves Reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», (Intereses difusos y Derecho penal), CDJ, Madrid, 1994, p. 11.

7 Mata y Martín, «Bienes jurídicos intermedios y Delitos de peligro», Comares, Granada, 1997, p. 14.

8 En este sentido: Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales», Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 183 ss; Carbonell Mateu, «Breves Reflexiones...,» pp. 16 ss; Morales Prats, "Técnicas de Tutela de intereses difusos", en Intereses difusos y Derecho penal, CDJ, Madrid, 1994, pág 77 ss.

bienes que se protegen en el medio ambiente, manipulación genética, seguridad en el tráfico, etc.[9]

El incontenible progreso que ha tenido la humanidad en ciencia, tecnología y otros áreas, incentivaron a la creación de lo que se conoce como la *sociedad de riesgo*[10]*,* concepto implantado por el sociólogo alemán Ulrich Beck (Risikogesellschaft)[11]. El autor en base de este concepto, explica la tendencia al desarrollo de la técnica y su incidencia en la organización social, lo que ha posibilitado que se introduzca un modelo teórico-social global en la organización social.

Las consecuencia de los avances de la humanidad y de la sociedad de riesgo o compleja dentro del Derecho penal, se pueden apreciar de la siguiente manera:

1. La sociedad actual genera nuevas formas de ataque a los bienes jurídicos, cuestión que unida a la presencia de novedosos valores en la sociedad, han puesto en fricción las decisiones político-criminales con los

---

[9] Sobre el empleo del término supraindividual y con mayor explicación, vid. a favor: Carbonel Mateu, «Breves reflexiones....», p. 12; Corcoy Bidasolo, «Delitos de Peligro....», pp. 28 ss; en contra, Martínez-Buján Pérez, «Derecho penal económico, Parte General», Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 94; Pérez Álvarez, «Protección penal del consumidor. Salud Pública y alimentación», Editorial Praxis, Barcelona, 1991, pág. 46, diferencia los términos supraindividual y colectivo, el primero está sobre el individuo y el segundo en función de todos los miembros de la sociedad; Busto Ramírez, Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987, p. 195, señala que los bienes jurídicos colectivos, pueden afectar a una masa de individuos o a un colectivo, de ahí que pareciera un nombre apropiado el de bienes jurídicos colectivos, es decir, que están en las relaciones de la colectividad o un colectivo, y por ello mismo, su afección implica a la colectividad o bien colectivo; Santana Vega, «La protección penal de los bienes jurídicos colectivos», Dykinson, Madrid, 2000, p. 97, considera que bienes supraindividuales o universales, son macro conceptos, y una especie de género son los bienes jurídico-penales colectivo difusos e institucionales

[10] Vid. Corcoy Bidasolo, en «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control del riesgo», Política Criminal de Europa, Mir Puig y Corcoy Bidasolo dir.(s)., Atelier, Barcelona, 2004, pp. 27-28, se decanta por el término *sociedad compleja,* en consideración a la complejidad estructural de la sociedad, lo que origina la intervención penal para la prevención de «nuevos riesgos».

[11] Vid. en Risikogesellschaft. Auf dem Weg in andere Moderne, Frankfurt, a. M., 1986, passim; el mismo en Risk Society. Towards a New Modernity, Sage Publications, London, Thousand Oask, New Delhi, 1992, passim.

principios del Derecho penal, como es el principio de lesividad y el de mínima intervención[12]. Este tema es muy discutido en los momentos actuales, y ha originado diferentes posiciones, con relación a si la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales viola los principios del Derecho penal[13].

2. Las nuevas características sociales han permitió la incursión del concepto de *Derecho penal del riesgo,* vinculado con la existencia de bienes jurídicos supraindividuales y el adelantamiento de la barrera de protección que se les otorga a este tipo de bienes por parte del Derecho penal, como respuesta a los riesgos provenientes de las sociedades postindustriales. Sobre este aspecto, viene la divergencia entre el Derecho penal clásico y su función garantizadora, con el nuevo Derecho penal, que protege a estos nuevos y polémicos bienes. Frente a estos cambios ha surgido criterios encontraos sobre la expansión del Derecho penal. En líneas generales, los detractores de esta corriente esgrimen varios argumentos entre los cuales se indica que la ampliación del Derecho

---

[12] Vid., sobre el tema: Santana Vega, «La protección penal...», pp. 27-40, considera que sobre los principios fundamentadores del Derecho penal y sus perspectivas actuales, existen numerosas críticas, que van desde la propuesta de abolición del Derecho penal y la consecución de algo mejor, a la posición de mantener un equilibrio que evite la fácil huida al Derecho penal o el absentismo ante nuevas formas de criminalidad (Gimbernat); Mir Puig, «El sistema del Derecho penal en la Europa», en Fundamentos de un Sistema europeo del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1996, p. 26, presenta una perspectiva diferente, considerando que «en los últimos tiempos, dentro de la doctrina española, se ha propuesto que los principios fundamentadores del Derecho penal, pueden ser utilizados con el fin de unificar el Derecho penal europeo, pues, debería darse un proceso de homogeneización del Derecho penal, en cuanto a las garantías del sistema representadas por los principios, también es necesaria la unificación de un catálogo de los bienes jurídicos protegidos y la manera de efectuar esta protección»; Silva Sánchez, «Aproximación al derecho penal contemporáneo», Bosch, Barcelona, 1992, p. 14, tiene en cuenta respecto a la crisis del Derecho penal: «que tal crisis o tensión permanente, no constituye en sí un fenómeno negativo; al contrario, probablemente es este el motor de la evolución del Derecho penal».

[13] Así se tiene a Roxin, en DP. PG, 2ª ed. Alemana, trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1999, p. 62,; Müssig, «Desmaterialización del bien jurídico y de la Política Criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», CDJP núm. 11, Año III, 2001, pp. 263 ss.,; Corcoy Bidasolo, «Delitos de peligro…», p. 26; Stratenwerth, en Zukunftssicherhung mit den Mitteln des Strafrechts, ZStW (105) 1993, pp. 679 s.

penal sirve como coartada dentro del debate político, así de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, se pretende demostrar que se es consciente de un determinado problema, y como consecuencia ante tal instrumentación, el Derecho penal sale perjudicado.[14] Mientras que por otro lado, los defensores de la expansión sostienen que una efectiva modernización del Derecho penal es una exigencia absolutamente necesaria desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, pero sobre todo es exigible e irrenunciable desde puntos de vista éticos y políticos. El proceso de modernización del Derecho penal puede y debe ser definido, como «lucha» por el discurso de criminalidad.[15] Los principales defensores de esta corriente en Alemania son Kuhlen y Schünemann cuyas argumentaciones demoledoras a favor de la modernización del Derecho penal, no han sido rebatidas de forma debida por parte de la Escuela de Frankfurt,[16] defensora del Derecho penal nuclear. En España, las tesis contrarias a la modernización son defendidas principalmente por Mata y Martín, María Isabel Sánchez, Mendoza Buergo, Silva Sánchez.[17]

---

[14] Herzog, «Límites del Derecho penal», en AAVV, La insostenible situación del Derecho penal, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española), Comares, Granada, 2000, pp. 80-81; con un criterio relacionado Silva Sánchez, La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edic., revisada y ampliada, Civitas, 2001, pp. 20, 156 y 162

[15] Vid: Gracia Martin: «¿Qué es la modernización del Derecho Penal?», en AAVV, La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo siglo, LH. al Prof. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, p. 351, p. 393.

[16] Corcoy Bidasolo, en «Límites objetivos y...», en «Política criminal...»,p. 29, alega -refiriéndose al criterio de la Escuela de Frankfurt entre otros–, que «estas propuestas, a través de un cambio de etiquetas, lo que promueven es la existencia de tres clases de Derecho penal que se corresponden con tres "clases" de ciudadanos, de primera, de segunda y de tercera. Ello es así porque los ilícitos que se consideran no deben incluirse en el Derecho penal nuclear son conductas que solo pueden ser cometidas por quiénes tienen poder y/o dinero. Solo los ciudadanos con capacidad económica y/o en situación de poder, pueden cometer delitos fiscales, delitos societarios, delitos contra el medioambiente, delitos de corrupción... Criterio común entre quienes defienden estas tesis, es que "en estos casos" no es adecuada la aplicación de penas privativas de libertad, cuando es precisamente "en estos casos" cuando la única sanción que tiene eficacia preventiva es esta».

[17] Vid., Gracia Marti, «¿Qué es modernización...?», p. 393

Otro aspecto discutible en los delitos de manipulación relativos a la manipulación genética es sobre su función simbólica. Luego de la inclusión de estos delitos en el Código Penal de 1995, no se han producido fallos jurisprudenciales, solamente denuncias relacionadas a los mismos. Ante esto se puede indicar que pese a la no existencia de jurisprudencia, los delitos relativos a la manipulación genética al igual que otros delitos dentro del Código penal, cumplen con una prevención general positiva, pues, simplemente permiten la afirmación del Derecho. El mantener estos tipos penales dentro del Código penal, a más de favorecer a la prevención positiva y proteger los bienes jurídicos, también sirve como modelo y análisis para otras legislaciones dentro de Latinoamérica, y más concretamente en los países Iberoamericanos por la histórica relación con España. Junto a ello, cabe recordar que algunos Códigos penales, incluso el Código penal del Ecuador tipifica la piratería,[18] aspecto que ha sido muy criticado por su función simbólica, sin embargo, frente a un problema de actualidad relacionado a los actos de piratería en las costas de Somalia, estos tipos penales retoman importancia dentro de la legislación internacional. Por lo tanto, se justifica en algunos casos mantener algunos tipos penales a la espera de nuevos factores que permitan la ejecución de estos delitos, más aún si existen indicios reales sobre su futura realización, como es el caso de los avances científicos y tecnológicos, lo que no es contrario a la prevención positiva del Derecho.

En lo referente a la inclusión de los delitos de manipulación genética en el Código penal del Ecuador, se debería reflexionar con mayor profundidad al respecto, pues, antes es menester elaborar otras leyes sobre materias afines y ubicar estas conductas en el sitio idóneo conforme a criterios político-criminales. El Anteproyecto de Código de Garantías Penales,[19] elaborado por el Ministerio de Justicia, con inspiración en la legislación mexicana, presenta una redacción poco afortunada sobre estos delitos, la misma que adolece la redacción del Código Penal Federal mexicano; tampoco es acertada la ubicación de estos delitos dentro del Anteproyecto, pues, no se atiende al bien jurídico penalmente protegido. De igual manera, la inclusión de los delitos de manipulación genética en la legislación ecuatoriana, se contradice con la posición del Anteproyecto

[18] Artículo 423 y ss.

[19] Anterproyecto de Garantías penales. La constitucionalización del Derecho penal, art. 122

sobre la situación del Derecho Penal, como es el Garantismo penal. Con anterioridad a su tipificación se debe potenciar debates bioéticos por parte de la sociedad y reflexionar sobre presupuestos de política criminal, en concordancia con la realidad del Ecuador.[20]

II LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA: APRECIACIONES DEL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

Desde hace algunos años hasta la actualidad, se ha dado un mayor tratamiento dogmático a la víctima dentro del sistema penal[21]; entre los temas de interés se aborda la imputación a la víctima en la realización de un injusto, así, por la injerencia relevante de la conducta de la víctima, haría que recaiga la imputación de la conducta y la imputación del resultado en la misma víctima. A pesar de los nuevos intentos por implicar más a la víctima dentro de la Teoría del delito, a decir de Hassemer[22], en el Derecho penal moderno[23] se genera una especie de «neutralización de la víctima», en el preciso momento en que la satisfacción del sujeto lesionado se sustituye por la atribución del injusto. Este proceso de neutralización ha avanzado de tal forma, que incluso se puede afirmar que se llega en repetidas ocasiones, a prescindir del sujeto

---

[20] Este tema por su importancia será objeto de un estudio posterior

[21] Vid. entre otros estudios sobre el tratamiento de la víctima en Derecho penal y en el sistema penal: Sampedro Arrubla, «La reconstrucción victimológica del sistema penal», CPC, núm. 81, 2003, pp. 683 ss; el mismo: «La Corte penal internacional: Aproximación al papel de las víctimas», CPC, núm. 69, 1999, pp. 635 ss, Beristain, «Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro», CPC, 2000, pp. 615 ss; Kerner, «Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica», CPC, núm. 62, 1997, pp. 367 ss; Queralt Jiménez, «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos a propósito del Proyecto Alternativo de reparación», ADPCP, t. XLIX, fas. 1, pp. 129 ss; Tellez Aguilar, «Las víctimas del delito en el Derecho Penal español», CPC, 1993, pp. 133 ss.

[22] Vid. Fundamentos de Derecho penal, 1.ª edic., AD-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 70.

[23] Vid. Ibídem.

lesionado[24]. En un sentido similar Eser[25], en un balance provisional sobre la víctima dentro del Derecho penal, considera que varios factores han ocasionado que la víctima del delito sea de igual forma una víctima de la dogmática de la Teoría del delito. Con estas afirmaciones, se hace énfasis en el poco y desfavorable trato a la víctima dentro de la Teoría del delito, hecho que históricamente se debe a un sólido protagonismo del Estado[26], cuyo resultado es un tratamiento secundario al sujeto pasivo del delito[27].

Ahora bien, como se ha dicho, se está produciendo un redescubrimiento de la víctima dentro de la Teoría del delito, en atención a tres parámetros principales: a. La Política criminal, registra nuevas tendencias dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del Ordenamiento penal, tendientes a reducir la responsabilidad penal de los sujetos que atentan contra los bienes de la víctima, y que son descuidados por ella; b. El Derecho procesal penal, presenta una considerable preocupación por las formas de intervención de la víctima dentro del proceso penal, y c. El Derecho penal material, dedica un gran número de estudios dogmáticos sobre la víctima, relacionados entre otras cosas a la legítima defensa, la reparación de la víctima dentro del sistema de sanciones y sobre el sistema general de imputación a la víctima en los hechos en los cuales se lesiona sus propios bienes[28].

De las áreas mencionadas que hacen referencia a la víctima, al presente estudio le interesa lo relacionado a la imputación de la víctima por la lesión de sus propios bienes jurídico-penales con la intervención de un tercero[29]; al respecto, la doctrina aún discute si la víctima consciente,

---

[24] «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima «imputación a la víctima» », Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 9.

[25] Vid. «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima», ADPCP, vol. XLXIX, fasc. III, 1996, p. 1041.

[26] Cancio Meliá, «La exclusión de la...», p. 10.

[27] Eser, «Sobre la exaltación...», p. 1023, esta desventaja en el trato a la víctima se atribuye al establecimiento del bien jurídico como referencia político-criminal y como objeto material del concepto de delito, a pesar de ser un hecho positivo, ha conducido a una marginación de la víctima individual como a una concepción unilateral de la pena orientada hacia el Estado.

[28] Vid. Cancio Meliá, «La exclusión de la tipicidad...», p. 11.

[29] Ibídem, p. 11-12, a criterio de Cancio Meliá, la hipótesis de que en Derecho penal la conducta de la víctima, es decir, de la persona lesionada por la conducta de otro, puede

descuida o renuncia a la protección de sus bienes jurídico-penales. En este sentido y dentro del marco de los delitos que ocupan a este trabajo, se analizará sobre la incidencia de los principios de naturaleza individual dentro del tema.

En atención al criterio de los principios de naturaleza individual, se sostiene que el consentimiento es un problema del *Ius puniendi* del Estado, y conjuntamente con otros principios como son el principio de autonomía de la voluntad y el principio de autorresponsabilidad, conforman los principios de naturaleza individual que garantizan la protección de los derechos del individuo frente al Estado, en contraposición a los principios de naturaleza colectiva, que protegen y garantizan los derechos de la colectividad frente al poder punitivo del Estado. El principio de autoresponsabilidad analizar la imputación a la víctima.[30] Con fundamento en lo anterior, se considera que el parámetro fundamental en la imputación a la víctima se encuentra en la aplicación del principio de autonomía de la voluntad que legitima la disposición sobre ciertos bienes, mediante el rol que juega el principio operativo del consentimiento, y como consecuencia se presenta la relevancia del principio de autorresponsabilidad por la conducta de la víctima.

No existe conflicto doctrinario en relación a que la víctima es autorresponble por la afección de sus propios bienes jurídicos, bien sea por el consentimiento, descuido o renuncia en la protección de sus propios bienes con la consiguiente lesión de los mismos; pero por lo contrario, amerita mayor análisis la participación de un tercero, considerado tradicionalmente como el autor del delito[31], y cuyo comportamiento se une con el comportamiento de la víctima para la realización del injusto penal[32].

---

ser relevante para la lesión de sus propios bienes; de la misma manera, se trata el tema del comportamiento del otro sujeto interviniente al que se considera tradicionalmente como el autor del hecho.

30 En resumen, esta posición ha sido defendida mi tesis doctoral Capítulo VI y VII.

31 Vid. Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», p. 20 ss.

32 Vid. Silva Sánchez, «Victimología», CDJ, 1993, p. 19, en relación a lo novedoso del tratamiento de la víctima y un tercero en situaciones de riesgo, considera que las actividades peligrosas realizadas conjuntamente por la víctima y el autor, que no sufre ninguna lesión, siempre han existido dentro del tratamiento dogmático-penal y

III ESTADO DOGMÁTICO: CASOS JURISPRUDENCIALES, PRINCIPALES EXPOSITORES Y PLANTEAMIENTOS MÁS DESTACADOS PARA TRATAR EL TEMA

A) CASOS JURISPRUDENCIALES

Desde los inicios de los años noventa, principalmente en la doctrina alemana, se han producido varios trabajos dogmático-penales relacionados a la problemática de la imputación a la víctima. La discusión y aportaciones dogmáticas venían unidas al pronunciamiento previo de los tribunales sobre el tema. En efecto, la primera sentencia dictada en Alemania, fue emitida por el Tribunal Supremo Federal alemán, el 14 de febrero de 1984[33], conocido como el caso de la jeringuilla; en la sentencia, el Tribunal considera que se debe tener en consideración el comportamiento de la víctima para la valoración jurídico-penal del hecho en el que ésta había intervenido, razonamiento que sirvió para absolver de homicidio imprudente al sujeto que proporcionó a un heroinómano una jeringuilla con la que la víctima se inyectó la sustancia que le ocasionó la muerte. En España, el Tribunal Supremo dictó el 17 de julio de 1990[34], una sentencia en ocasión de un juego irresponsable con un arma de fuego; la supuesta víctima había retado al portador de un arma de fuego a demostrar su puntería, lo que produjo la muerte de la víctima; en base a estos hechos, el Tribunal sentenció al acusado por homicidio imprudente, y atenuó la pena en concordancia con las aportaciones dogmáticas sobre la imputación a la víctima[35].

---

jurisprudencial, y lo realmente novedoso es el tratar de teorizar y/o racionalizar el tema, que en cierta medida de una forma inconsciente o intuitiva ya se tenía en cuenta.

[33] BG.HSt 32. pp. 262-267.

[34] Entre otras sentencias sobre el tema, resulta interesante la STS, de 17 de septiembre de 1999, que ha sido muy comentada por varios autores.

[35] Vid. Cancio Meliá, «La exclusión de la...», pp. 13-14, datos tomados del estudio del autor; el mismo: «Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal», 2ª. edc. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 32 ss., 377 ss., el autor menciona otras sentencias, las cuales se pueden suscribir en dos grupos de casos: 1. El riego es generado conjuntamente por la víctima y el autor, 2. La conducta descuidada de la víctima se produce después del comportamiento del autor que pone en peligro o lesiona los bienes de esta, así se tiene: caso del copiloto (JW 1925, pp. 2250-2252), caso del copiloto (STS 13.12.1993), caso del conductor ebrio (OLG Karlsruhe, NJW 1967, PP. 2321-2323), caso del barquero, (RGSt 57, pp. 172-174), caso del ciclomotor (BGH MDR 1956, p. 856), caso de competición de

B) PLANTEAMIENTOS DOCTRINARIOS

- DOGMÁTICA ALEMANA.- En la doctrina alemana algunas contribuciones de relevancia fueron presentadas por Fjedler, Walter, Derksen, Zaczyk[36]. El asunto también fue abordado por Roxin[37], quien realiza la división de autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro, y sistemáticamente ubica al problema dentro de la imputación objetiva (fin de protección de la norma y alcance del tipo). Por su parte y en lo principal, Jackobs[38] realizó una diferenciación entre una autolesión en donde la víctima tiene la competencia final, con la heterolesión, en donde el autor es quien posee la competencia final. En el caso de una autolesión no recurre al consentimiento para justificar la acción, mientras que la heterolesión, a su vez, es considerada como punible cuando hay una relación desproporcionada en el hecho, como un ataque masivo a la salud, y será impune cuando se presenta una participación justificada como es el caso del consentimiento y de los actos propios. En el caso de Frisch,[39] el autor apunta al comportamiento de la propia víctima que puede generar daños; entre algunas de las consideraciones que realiza, se encuentra la importancia que concede a las decisiones responsables, con esto entiende como responsabilidad no a una simple analogía con las reglas de responsabilidad válidas para el comportamiento que daña a otros, sino que determina la responsabilidad en correspondencia con el encuadramiento funcional del criterio, sobre este aspecto la responsabilidad muestra evidente paralelismo con los criterios válidos para la relevancia del consentimiento.

---

motocicletas (BGHSt, pp. 112-118), caso de competición de motocicletas (STS 25.9.1986), caso de la botella (STS 17.7.1990), caso del aguardiente de frutas (BGH NStZ 1986, pp. 226 ss.), caso del SIDA (BGHSt 36, pp. 1-20), caso del SIDA (BayObLG NJW 1990, pp. 131 ss.), caso de esquiadores (BGE 91 IV, pp. 117 ss.), caso del monopatín (BayObLG NZV 1989, p. 80), caso del farmacéutico (RGSt 1, pp. 373 ss.), caso del surf en automóvil (OLG Dusseldorf 6.6.1997. JuS 1998, p. 785), caso de la silla (STS 17.9.1999), caso del salto del automóvil (STS 8.11.1991).

36 Ibíd., «La exclusión de la...», p. 12. n. 8, el mismo: «Conducta de la víctima...», pp. 89-116.

37 Vid. en DP. PG. pp. 386 ss.

38 Vid. «La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte», en Estudios de Derecho penal, trad. Peñaranda Ramos, Suárez Gónzalez, Cancio Meliá, 1ª edic., Civitas, Madrid, 1997, pp. 395-422.

39 Vid. en Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 165-248.

- DOGMÁTICA ESPAÑOLA.- En la doctrina española, entre los autores que presentan una aportación relevante sobre la problemática se encuentran los siguientes:

1. LA POSTURA DE CANCIO MELIÁ.-[40] El Profesor Cancio ubica la cuestión de la imputación a la víctima dentro de la imputación objetiva, y tras realizar un exhaustivo análisis, en lo principal, considera que la imputación a la víctima debe considerarse como una institución dogmática dentro del primer nivel de imputación objetiva, es así que frente al suceso realizado en conjunto cuando es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, la conducta del autor ya no puede ser típica. Con ello, la imputación a la víctima introduce un aspecto importante dentro de la Teoría del tipo, como es la responsabilidad preferente del titular del bien jurídico lesionado. Adicional a esto, se presentan otros datos de imputación genérica, por lo tanto, esta institución es diferente a otras que se encuentran dentro del primer nivel, y en relación a las cuales mantiene una relación de especialidad, razón por la cual, la imputación a la víctima no solo debe ser diferenciada de la imputación del resultado, sino incluso distinguida de otras instituciones. El factor normativo de la autorresponsabilidad de la víctima lo que hace es añadir un dato adicional y diferencial al juicio de imputación, mientras que por otra parte, en un sentido genérico la conducta del autor es típica, debido a que la valoración de la conducta de la víctima es posterior[41].

Dentro del primer nivel (imputación de la conducta), en general si la conducta de la víctima está relacionada con el riesgo permitido o la prohibición de regreso, la actuación es atípica sin necesidad de un ulterior juicio centrado en la conducta de la víctima. En el riesgo permitido, la actuación de la víctima puede adquirir relevancia dentro de dos aspectos: 1. En las expectativas de potenciales víctimas pueden ser algunos de los criterios importantes para fijar el nivel de riesgo permitido; dentro de este aspecto para evitar cualquier daño se debe tomar ciertas precauciones de acuerdo a las reglas existentes para precautelar de

[40] Vid: Cancio Meliá, «La exclusión de la...», pp. 69 ss.; el mismo en «Conducta de la víctima e imputación...», pp. 283-374, por la importancia de estudio del autor será mencionado su planteamiento con mayor detención.

[41] A criterio del autor otras construcciones dogmáticas no reconocen este carácter específico de la conducta de la víctima.

posibles daños a los consumidores, debido a la confianza[42] hacia un determinado producto; 2. En los ámbitos en los que la actividad arriesgada necesita del permiso especial de la víctima, por lo que el consentimiento es un presupuesto para el riesgo permitido; pero en sentido general lo relevante es el permiso general. Sobre la prohibición de regreso, la cuestión radica en desvincular un comportamiento inicial correcto de posibles conductas autolesivas posteriores, de esta forma puede ser empleada esta institución cuando ciertas conductas de la víctima son relevantes.

Con relación al segundo nivel de imputación (imputación del resultado), la conducta de la víctima puede alcanzar a la imputación del resultado, y en este ámbito se deben seguir ciertas reglas generales con lo que se puede comprobar una relación normativa entre la conducta típica y el resultado conectado causalmente a este, así se establece la conexión causal entre conducta y resultado[43], por lo tanto, en este sector de riesgos la imputación objetiva es el instrumento dogmático que permite tratar de modo adecuado a la conducta de la víctima[44], con ello los casos que son de características muy diversas pueden ser solucionados por las reglas generales de la imputación objetiva; pero los casos en los que el resultado es consecuencia tanto de la conducta típica del autor como de la conducta inadecuada de la víctima, lo que se consideraría como confluencia de conductas queda sujeto a una regla especifica como es el carácter autorresponsable de la víctima, con lo que disminuye la responsabilidad del autor.

---

[42] Con el rótulo de principio de confianza se encuentran expectativas que no son una mera constatación fáctica, sino que depende de factores normativos, especialmente, del estadio de desarrollo de la valoración social de la necesidad de ciertos productos, de esta manera, una sociedad saturada de técnica pedirá que no se creen nuevos riegos, mientras que una sociedad carente de tecnología tolerará mayores niveles de riesgo.

[43] Sobre este tema, Cancio Meliá considera que existen conductas de la víctima que no generan la atipicidad de la conducta del autor por no contener elementos de la imputación a la víctima, sin embargo, sí pueden hacer que desaparezca la imputación objetiva del resultado.

[44] Vid. Sánchez, «Victimología».., pp. 32 ss; Cancio Meliá con apego al criterio de este autor.

2. POSTURA DE FEIJÓO SÁNCHEZ.-[45] Entre algunas de las muchas apreciaciones que realiza el autor sobre el tema, considera que el problema es lograr un concepto normativo de autolesión o autopuesta en peligro, debido a que la distinción carece de importancia por ser únicamente descriptiva o fenomenológica. Para determinar lo que se debe entender como autolesión, Feijóo Sánchez se apega al criterio de Jackobs, y resalta que esta se basa en el dominio de la decisión, es así que la víctima debe tener el poder de decisión hasta el final, mientras que en el caso de víctimas inconscientes, el límite de la pérdida de control, radica en el momento en que la víctima está consciente del resultado hasta que pierde el control. La solución de la problemática de la imputación de la víctima se encuentra dentro del alcance del tipo. Y, finalmente, al principio de autorresponsabilidad le concede una importante relevancia dentro del planteamiento, así lo considera como un principio en desarrollo[46], y su alcance dogmático depende de que sea entendido desde un punto de vista psicologicista o normativo; sin embargo, se debe preferir una determinación normativa del principio para revisar la responsabilidad de la persona lesionada, que por un lado, no solo cobra relevancia para determinar los límites de las autolesiones conscientes, sino también de la imprudencia sobre uno mismo, y por otro parte, no toda autolesión o autopuesta en peligro consciente impide la imputación del resultado a una persona distinta a la lesionada[47].

3. POSTURA DE LA GÁNDARA VALLEJO.- Para concluir con la dogmática española, se tiene a De la Gándara Vallejo[48], que de igual forma circunscribe el tema dentro de la imputación objetiva. En lo principal realiza las siguientes observaciones: únicamente se puede afirmar que se ha producido la lesión de un bien jurídico cuando se ha dado la arrogación de un ámbito de organización ajeno, con lo cual la

---

[45] Vid. «Actuación de la víctima e imputación objetiva. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999), RDPC, núm. 5, 2000, pp. 390 ss.

[46] Reyes Alvarado, Imputación objetiva, 2.ª edic., Temis, Bogotá, 1996, pp. 50-51, sobre el principio de autorresponsabilidad sostiene que el empleo en materia penal es únicamente admisible mediante el desarrollo de una Teoría del delito en donde la autorresponsabilidad pueda funcionar como principio rector, siempre y cuando se empleen mecanismos que permitan su concreta aplicación.

[47] Vid. en«Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado», Bosch, Barcelona, 2001 p. 398.

[48] «Consentimiento, bien jurídico...», pp. 133 ss.

intervención puede producirse o no con la voluntad del titular del bien jurídico; pero, un comportamiento que no lesiona a un bien jurídico protegido no crea un indicio de su antijuricidad debido a que no se realiza el injusto típico, por lo que la punibilidad debe ser analizada en el nivel de tipicidad. La autora con apego a la opinión de Jakobs, emplea como criterio preferible la comisión en último lugar para diferenciar entre una autolesión y heterolesión consentida, por lo tanto, no existe una heterolesión (con consentimiento), si la competencia del autor se genera después de la víctima, la única excepción se encontraría en los casos de autoría mediata.

4. VÍAS QUE OFRECE LA DOGMÁTICA ESPAÑOLA SOBRE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA.- La imputación a la víctima ofrece algunas salidas doctrinarias. Los planteamientos dentro de la dogmática española que se emplean para tratar la problemática de la imputación a la victima dentro de la Teoría del delito son la Imputación objetiva[49], el Consentimiento[50], Autoría y participación[51], Victimodogmática[52], incluso, se sugiere el empleo de todas estas instituciones[53].

---

[49] De acuerdo con la imputación objetiva, los ya citados con anterioridad: Cancio Meliá, Feijóo Sánchez, De la Gandara Vallejo, Silva Sánchez entre otros.

[50] Portilla Contreras, «Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo», CPC, núm. 45, 1991, pp. 695 ss.

[51] García Álvarez, «La autopuesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular», Tirant lo blanch, Valencia, 1999, passim; Gimbernat Ordeig, Imputación objetiva, participación en un autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, RDPC, núm. 2, 2004, passim.

[52] Vid. literatura española y alemana sobre Victimodogmática, entre otros: Tamarit Sumilla, La Víctima en el Derecho penal, Aranzadi, Navarra, 1998, passim; en la dogmática alemana: Schünemann, «Sistema del Derecho penal y Victimodogmática», AAVV, La ciencia del derecho penal en el nuevo siglo, LH. al Prof. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 159; el mismo: «El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y Victimodogmática como enlace entre el sistema de la Parte General y de la Parte Especial, Moreno Hernández (coord.), en Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, CEPOLCRIM, México, 2003, pp. 87 ss. Herrera Moreno, «Sobre los orígenes científicos de la Victimología, CPC, núm. 56, 1995, pp. 481 ss.

[53] Gónzalez Cussac, Mira Benavent, «Ámbito de responsabilidad de la víctima y Teoría de la imputación objetiva», La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo siglo, LH. al Prof. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, p. 713.

IV EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD: EL INEVITABLE REGRESO AL CONSENTIMIENTO EN CIERTOS TIPOS DE LA PARTE ESPECIAL

A) LOS PRINCIPIOS DE NATURALEZA INDIVIDUAL Y EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD DENTRO DE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA[54]

Se sosteniendo en este estudio que la labor conjunta de los principios de naturaleza individual es necesaria para una satisfactoria regulación de los límites al *Ius puniendi*; pero también los principios tienen su incidencia dentro de la Teoría del delito (imputación), a pesar de que teóricamente se reconoce su actuación conjunta, en algunos casos se puede prescindir de algunos de ellos, de tal forma, que a simple vista se diría que generalmente el principio que se puede aplicar a un gran número de tipos penales es el principio del consentimiento[55].

Al margen de ello, se considera como premisa amplia para la imputación a la víctima, que el análisis del juicio de imputación debe producirse acorde a los elementos objetivos especiales que contienen la normativa sectorial[56], en el caso de los delitos relativos a la manipulación genética, estos responden a un sector normativo regulado por elementos especiales que bien pueden marcar la diferencia al momento de revisar la imputación de la conducta y la imputación del resultado a la víctima[57]. En este sentido, se sostiene que las constelaciones de casos con los que la

---

[54] Vid., explicación y referencia en apartado II.

[55] Son varias las críticas de la doctrina sobre la ineficacia del consentimiento en ciertos delitos, entre ellos, con un estudio amplio: Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», pp. 147 ss.; Mir Puig, «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (comentario a la STS de 17.1.1990)», ADPCP, 1991, pp. 266 ss.

[56] Vid. Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», pp. 310-311, el mismo en «La exclusión de la tipicidad...», p. 24.

[57] Con respecto a este tema y la aplicación de la normativa sectorial, cabe recordar que la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005, hace especial mención al principio del consentimiento (art. 6) dentro del campo bioético y en las aplicaciones biotecnológicas.

doctrina estudia la problemática de la imputación a la víctima[58], demuestran de una forma irrefutable que pueden proceder algunas variantes conforme a la normativa del sector, razón por la que el análisis de ciertos casos como la disposición de la vida y de la integridad física, el suicidio presentan una solución dogmática, mientras que otros ofrecen diferentes resultados doctrinales, como los delitos relativos a la manipulación genética[59].

De las conclusiones doctrinales, se desprende que ya sea como derecho (consentimiento informado) o como consentimiento general, éstos presentan en sí diferentes grados de organización conjunta que responden a la autopuesta en peligro o a la heteropuesta o a otros tipos dogmáticos que son creados para resolver la imputación objetiva de la víctima cuando ella participa en la lesión de sus propios bienes jurídicos[60]. En atención a lo indicado, se ratifica que el tema de la imputación a la víctima es un institución dogmática en construcción[61] y sin duda, el análisis de las diferentes constelaciones de casos y sus planteamientos doctrinarios, contribuyen a pulir y aclarar los parámetros doctrinarios que conduzcan a soluciones consensuadas.

En la sistematización de los principios de naturaleza individual que se propone[62], es inevitable no abordar al principio de autorrespon-

---

58 Cancio Meliá, «La exclusión de la tipicidad...»,pp. 24 ss. 41 ss. metodología empleada por el autor para su construcción dogmática, con especial referencia a la problemática del suicidio.

59 Vid. García Álvarez, «La puesta en peligro...», passim, realiza sus estudio sobre la disposición de la vida y/o la integridad física asumida voluntariamente por su titular, mientras que Cancio Meliá se suscribe más al ámbito del suicidio; Jakobs, «La organización de autolesión...», en «Estudios de...», pp. 395 ss., realiza su estudio sobre homicidio a solicitud de la víctima enferma.

60 Así entre otros: Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 386 ss. plantea la división entre autopuesta y heteropuesta en peligro, Jakobs, «La organización de autolesión...», en «Estudios de...», pp. 413 ss. se refiere a parámetros como la autolesión y la heterolesión, el dominio de la decisión por parte de la víctima.

61 En este sentido: Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», p. 24; el mismo: «La exclusión de la...», pp. 33.

62 Los principios que limitan el Ius puniendi del Estado se clasifican en principios de naturaleza individual (autonomía de la voluntad, consentimiento y autoresponsabilidad), y en principios de naturaleza colectiva en donde se ubican los principios

sabilidad, el cual en unión de los otros principios contiene un fundamento normativa dentro los derechos constitucionales[63], pues, en este sentido, es obligatorio observar la conexión que presentan los tres principios de naturaleza individual dentro de la Teoría de la imputación.[64] Ante ello se debe indicar que el análisis que aquí se propone se suscribe únicamente a los casos relativos a la manipulación genética y por ende, se está ante la obligación de revisar algunos elementos o instituciones de la normativa sectorial pertinente, así, el criterio que se exponga al final no tiene por qué ser válido para otros casos; pero sí, medianamente se pretende aportar al proceso de construcción dogmática sobre al imputación de la víctima con el análisis de los casos relacionados a la manipulación genética.

B) NORMATIVA SECTORIAL

Para iniciar, se debe decir que la normativa del sector incluye al consentimiento informado como un derecho fundamental del paciente[65],

tradicionalmente indicados por la doctrina y conocidos por todos, como el de legalidad, protección de bienes jurídicos, culpabilidad etc..

[63] Cancio Meliá, «La exclusión de la...», pp. 48 ss., el mismo en «Conducta de la víctima...», pp. 277 ss., propone una argumentación derivada de normas constitucionales como es el libre desarrollo de la personalidad para fundamentar el principio de autorresponsabilidad; Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», pp. 307 ss. el mismo «Resultado lesivo…», pp. 345, destaca la importancia del principio de autorresponsabilidad como un principio necesitado de mayor análisis dogmático, por su parte, el autor rechaza la identificación del principio de autorresponsabilidad como reflejo o consecuencia del principio de autonomía o dignidad, y en sí lo designa en varias ocasiones como principio de autorresponsabilidad o principio de autonomía, el primero lo relaciona con la responsabilidad de la víctima por la lesión de sus bienes, mientras que con el principio de autonomía más se refiere a una actuación en solitario y no a una organización conjunta entre la víctima y el autor.

[64] El principio de autoresponsabilidad se relaciona precisamente con la imputación a la víctima, pero, no actúa sólo, la autonomía de la voluntad y el consentimiento como mecanismo operativo para que se manifieste dicha autonomía actúan conjuntamente con el principio de autoresponsabilidad, y es esta la relevancia de los principios de naturaleza individual dentro de la imputación de la víctima; mientras que el principio de culpabilidad perteneciente a los principios de naturaleza colectiva, tiene su relevancia en la disposición de bienes jurídicos de terceros (criterio expuesto en tesis doctoral).

[65] Vid. Silva Sánchez, «La libertad de terapia y responsabilidad penal del médico», CDJ, añ. VII, núm. 12, 2001, pp. 190 ss. sobre la importancia del consentimiento informado dentro de las terapias y experimentación científica.

sin el cual, ninguna intervención médica o científica del corte que sea se puede llevar a cabo[66]. El consentimiento informado procede directamente de la Teoría del consentimiento, es decir, del principio del consentímiento, cuyo fundamento se encuentra dentro del principio de autonomía de la voluntad[67]; estos principios contienen en sí innegables antecedentes normativos constitucionales como es la libertad, valor superior del Ordenamiento jurídico, y están enmarcados dentro de los fines teleológicos del Ordenamiento como son el respeto a la dignidad humana y al desarrollo de la personalidad[68]. Sobre esta base normativa constitucional, los principios de naturaleza individual, y en este caso el principio de autorresponsabilidad sirven de límite al *Ius puniendi* del Estado. Con ello, y conforme a la normativa sectorial, el consentimiento informado dentro del campo médico-científico constituye un elemento indispensable para la configuración no solo de la autorresponsabilidad del paciente-victima,[69] sino de la responsabilidad del médico o grupo científico que ha omitido obtener el consentimiento informado para los diferentes actos que la Ley los requiere[70].

El principio de autorresponsabilidad se encuentra en conexión con el alcance del tipo, de tal suerte, que cada tipo indica algunas variaciones para la imputación a la víctima del delito ya sea una modalidad dolosa

---

66 Vid. Jorge Barreiro, Jorge Barreiro, «Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica», Estudios Penales y Criminológicos XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 143-146.

67 Vid. supra nota 63, en contra de este criterio Feijóo Sánchez.

68 En el trabajo previo (tesis doctoral) base de este estudio se considera que con los fines teleológicos de los principios de naturaleza individual limitadores al *Ius puniendi* del Estado son el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

69 En este estudio se emplea el término paciente-víctima para indicar la potencialidad del paciente de convertirse en víctima por la disposición de un bien jurídico de su propiedad.

70 Con similar criterio: Pelayo Gónzalez-Torre, «La intervención jurídica de la actividad médica. El consentimiento informado», Dykinson, Madrid, 1997, p. 100, quien afirma que el respeto a la autonomía y la responsabilidad por los daños son problemas distintos, sin embargo, la Teoría del consentimiento informado produce un desplazamiento del campo de la libertad hacia el campo de la responsabilidad, así el derecho introduce tanto libertad como responsabilidad, a la vez que contrapesa el equilibrio entre el médico y el enfermo.

como imprudente[71]. Ahora bien, en los casos en los que el tipo permite un fin terapéutico[72], la autorresponsabilidad del paciente-víctima encuentra su fundamento normativo en el consentimiento informado, que le habilita a disponer de los bienes jurídicos de su titularidad; así, en base al ejercicio del derecho de autodeterminación, cuyo sustentado se encuentra dentro del principio de autonomía de la voluntad, el paciente-víctima puede ejercer su derecho al consentimiento informado, y mediante éste es informado de los riesgos que acarrea el acto médico al que sería sometido, por ende, se está ante un consentimiento informado sobre los riesgos[73], en donde el paciente, tal vez futura víctima es advertido de las posibilidades terapéuticas a las que puede acceder y sobre los riesgos de las mismas[74], pues, lo que hace es en ejercicio de su libertad de elección, escoger la posibilidad[75] que genere menos riegos[76] o que sea más beneficiosa o efectiva para su enfermedad[77], si de esta elección libre devienen efectos perjudiciales, el paciente-víctima es el único responsable

---

71 En este sentido, Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», p. 397.

72 Art. 159 del Código penal español permite la alteración del genotipo únicamente con fines terapeúticos.

73 Frisch, "Comportamiento típico…», p. 583 ss., sobre la Teoría del incremento del riesgo en el comportamiento médico defectuoso, marcado por amplias probabilidades que se presentan en este campo; Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente...», 2.ª edic., p.302 ss., sobre el consentimiento en el delito imprudente y en el riesgo.

74 Vid. con mayor detalle: Silva Sánchez, «Libertad de terapia...», p. 171 ss.

75 Los expresiones ejercicio de la libertad de elección y escoger entre las posibilidades, es empleado en el trabajo previo (tesis doctoral) a este estudio, con el fin de fundamentar una solución intermedia entre la teoría indeterminista y la teoría determinista sobre la manifestación de la libertad

76 Con respecto al empleo de la probabilidad estadística, vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente...», 2ª edic., pp. 259-260, en relación a la necesidad de establecer un criterio normativo de probabilidad dentro del juicio de peligro, así considera que la probabilidad objetiva, es la que permite asignar probabilidades a acontecimientos futuros en base a la frecuencia con que tales acontecimientos se han producido en el pasado, de esta forma esta clase de probabilidad es un límite máximo, que debe restringirse en cada caso por el contenido de la probabilidad subjetiva, que es a su vez la posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de la probabilidad objetiva, así concebida se considera a la probabilidad objetiva-fundamento y a la probabilidad subjetiva–límite.

77 Una enfermedad genética es un elemento determinista que dentro del proceso tiempo-espacio puede determinar la ausencia de responsabilidad, en atención a la expresión de la libertad (trabajo previo a este estudio -tesis doctoral-).

o autorresponsable ante las opciones que eligió en su momento, a no ser que se haya producido una intervención médica negligente o carente de pericia, es decir, imprudente[78]. En términos generales se deduce que el principio de autorresponsabilidad es relevante en atención a los niveles de la imputación objetiva, con lo cual se aboga en estos casos por la relevancia conjunta que presentan el consentimiento y la imputación objetiva.[79]

Mediante lo expuesto, y en contra de la satanización del principio del consentimiento como institución participante dentro de la problemática de la imputación a la víctima[80], se concluye que dependiendo de la normativa del sector, el consentimiento en su manifestación de consentimiento informado, no solo es admisible, sino que es necesario para la determinación de la autorresponsabilidad del paciente-víctima[81], por ende, se comprueba que esta premisa sobre la importancia de la normativa sectorial y el principio de autorresponsabilidad, es muy

---

[78] Vid. Jorge Barreiro, «Aspectos básicos...», pp. 166-167 en relación a las modalidades en las que se presenta la imprudencia profesional, hace la siguiente aclaración de términos, así la impericia es la falta de conocimientos necesarios y elementales o ineptitud o ignorancia para ejercer la profesión, y la negligencia profesional es aplicable para quien, a pesar de tener los conocimientos necesarios, obra con descuido, apatía, abulia, falta de estudio del caso, omisión de precauciones, falta de interés o de diligencia, para el autor la mayoría de casos de imprudencia profesional son cometidos por impericia.

[79] En este aspecto se coincide parcialmente con los criterios de González Cussac y Mira Benavente sobre el empleo de todas las soluciones dogmáticas para solucionar el problema de la imputación a la víctima; en el caso que nos ocupa sería el consentimiento y la imputación objetiva.

[80] Vid. Cancio Meliá, «La Exclusión...», pp. 37-40; el mismo, en «Conducta de la víctima...», p. 157, 175-178 en contra de la aplicación del consentimiento para solucionar la imputación a la víctima; García Álvarez, «La puesta en peligro...», pp. 533, advierte que dentro de algunas figuras que se emplean como la intervención de terceros en un riesgo, se elabora en base a un reetiquetamiento del consentimiento, y por ende se debe dar un análisis del consentimiento en estas figuras, como también considera que no hay obstáculos para admitir el consentimiento en las conductas de riesgo relacionadas a la vida e integridad física; Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», pp. 270 ss., con críticas sobre algunos criterios que encubren al consentimiento dentro de la imputación de la víctima.

[81] Bilancetti, La responsabilitá penale e civile del médico, 2ª edic., Ed., CEDAM, Padova, 1996, pp. 116 ss. sobre la necesidad del consentimiento y del consentimiento presunto dentro del tratamiento sanitario.

acertada para resolver los casos de imputación a la víctima. Con lo dicho, se puede afirmar que dentro de los tipos penales relativos a la manipulación genética se presenta un inevitable retorno a la figura del consentimiento, en este caso al consentimiento informado, lo que indica, que las soluciones dogmáticas a los problemas de imputación a la víctima pueden ser varias y dependen del alcance de cada tipo y de la normativa sectorial al que tengan que remitirse.

V ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA CON MOTIVO DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

Los criterios que se exponen sobre la imputación al paciente-víctima en los casos relacionados a los delitos relativos a la manipulación genética[82], en atención a la normativa sectorial que reconduce al consentimiento informado y al alcance de cada tipo[83]. No presentan la finalidad de ser aplicados extensivamente en otros casos; pero sí, pretenden elaborar algunos apuntes que permitan reforzar o discrepar de otros presupuestos doctrinales.

A) RIESGO PERMITIDO

La presencia del consentimiento informado como manifestación del principio del consentimiento y como mecanismo de materialización del principio de autonomía de la voluntad[84], permite que para la imputación a la víctima en estos delitos se deba recurrir al criterio de imputación objetiva en sentido amplio[85], pues, algunas instituciones ubicadas dentro

---

[82] En relación a los casos y aportaciones de Roxin, Jakobs, Cancio Meliá, De la Gándara Vallejo; aunque se puede tomar algunos parámetros propuestos por estos autores para el análisis de los delitos que competen a este estudio.

[83] Con este criterio, Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», pp. 339 ss. Roxin, DP. PG, 2ª edic., pp. 386 ss.

[84] En sentido similar, Romeo Casabona, «Derecho Sanitario Aragonés», Estudio sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón, v. I, Zaragoza, 2004, p. 147, sostiene que la información y el consentimiento informado son obligaciones legales como medio de respeto a la autonomía o autodeterminación de los pacientes.

[85] Vid. sobre este aspecto: Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», p. 330, en relación al alcance del tipo donde se exige una relación causal que pueda definir como creación de

del primer nivel de la imputación (imputación de la conducta), se encuentran relacionadas con el consentimiento en general, y concretamente con el consentimiento informado, así se tiene a la adecuación social y al riesgo permitido[86], en los dos casos el consentimiento es un requisito ya sea de carácter colectivo o individual para considerar algunas conductas o riesgos como permitidos. El riesgo permitido socialmente marca una pauta sobre lo que se puede disponer o no; la disposición de un bien jurídico propio vendría avalada y legitimada por el riesgo que se permite soportar al bien jurídico en cuestión. Desde este punto de vista, la disposición del bien jurídico depende de la posibilidad de disponibilidad del mismo, con ello se recuerda un criterio dogmático consensuado sobre la libre disposición de los bienes jurídicos de carácter individual y la prohibición de disponer libremente de los bienes jurídicos de corte supraindividual. Dicho de esta manera, el riesgo permitido mantiene estrecha relación no únicamente con el consentimiento, sino también con la clase de bien jurídico que se pretende disponer, este conjunto de elementos, son relevantes en la consideración de que la actuación de la víctima está cubierta por el riesgo permitido y de igual manera, en el hecho de que si la víctima podía ejercer la libertad de disposición sobre el bien jurídico mediante el principio operativo del consentimiento, y en los casos que nos ocupan, mediante el consentí-

un riesgo que se realiza en el resultado, por lo, que ciertos criterios objetivos que permiten una interpretación teleológica-restrictiva del tipo y que afectan no solo a la imputación del resultado, lo que para algunos se considera como imputación objetiva *strictu sensu*, sino también a la imputación del riesgo, lo que algunos autores denominan como imputación del comportamiento o de la conducta o imputación objetiva en sentido amplio; De la Gándara Vallejo, «Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva», Colex, Madrid, 1995, p. 165, resalta la necesidad de incorporar el criterio de imputación objetiva amplia en relación a la autopuesta en peligro de la víctima, porque abarca presupuestos como la adecuación social; Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado», 2ª edic., Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, pp. 431 ss., considera que dentro de los delitos imprudentes, la imputación objetiva amplia de dos niveles, duplica el juicio de tipicidad, siempre y cuando se incluya el desvalor del resultado, mientras que la aplicación de la imputación objetiva estricta, impide que la misma sustituya al juicio de tipicidad.

[86] Es muy importante la relación del consentimiento con el riesgo permitido, lo que origina la problemática del consentimiento en el riesgo; en cuanto a la adecuación social, el consentimiento se manifiesta como consentimiento colectivo que establece cuales son las conductas socialmente adecuadas y si actúan como exclusión de la tipicidad.

miento informado[87]. Con ello, se observa una doble presencia del principio del consentimiento: por un lado, como requisito para determinar socialmente lo permitido, un consentimiento colectivo muy similar al empleado dentro de la Teoría del pacto social[88], y por otra parte, para expresar el principio de autonomía de la voluntad, en su aspecto de libertad de disposición de bienes jurídicos propios[89]. Sin duda, el empleo del criterio de imputación objetiva amplia en ciertos casos, queda justificado por la necesidad de recurrir al consentimiento informado para escoger entre las posibilidades y los riesgos que presentan estas, en este caso, entre las posibilidades y los riesgos de las terapias genéticas y otras terapias vinculadas.

Con respecto a los tipos de manipulación genética, en la alteración del genotipo sin finalidad terapéutica (artículo 159.1.), como el alcance del tipo lo indica, este se restringe o permite que el paciente-víctima pueda ejercer su libertad de disposición sobre la dimensión del bien jurídico individual[90], conforme a las normas que se establecen dentro del ámbito terapéutico, de tal suerte, que el empleo del consentimiento informado, como mecanismo para que el paciente-víctima ejerza su libertad de elección y decisión sobre las posibilidades que tiene, es decir,

---

[87] Vid. Corcoy Bidasolo, «Límites objetivos y...», en «Política criminal...», p. 34. sostiene que el consentimiento, puede constituir riesgo permitido, cuando el peligro afecta al bien jurídico del sujeto, y este en el ejercicio de su libertad consiente en este.

[88] El consentimiento colectivo, en base al conjunto de consentimientos individuales fundamenta la Teoría del pacto social.

[89] Vid. Corcoy Bidasolo, «Límites objetivos y...», en «Política criminal...», p. 34, considera que cuando la conducta arriesgada es imputable a la víctima el comportamiento es atípico, sin embargo esta irrelevancia no se presenta en un permiso sobre el riesgo genético, como es el caso del riesgo permitido, sino por el consentimiento válido sobre ese riesgo concreto. Así la eficacia del consentimiento como criterio restrictivo del peligro objetivo dentro del riesgo permitido, surge a partir de la permisión del riesgo: la voluntad de una persona para ponerse en peligro, su derecho al ejercicio de la libertad, y sobre todo en relación al derecho al desarrollo de la personalidad.

[90] En el trabajo previo (tesis doctoral) a este estudio se considera que los delitos relativos a la manipulación genética presentan un bien jurídico único o quasi único, dentro de los cuales el empleo de armas biológicas y genéticas es discutible; sin embargo, este bien jurídico único o quasi único es protegido en dos dimensiones: la dimensión individual y la dimensión supraindividual que corresponde a los bienes jurídicos individuales y a los bienes jurídicos supraindividuales respectivamente.

sobre la terapia adecuada y los riesgos que ésta presenta. Mientras que en la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación (artículo 160.1.), el consentimiento informado no puede cubrir un acto que esta protegido por el fin de la norma de este tipo, como es la finalidad distinta a la procreación, en este caso se puede entender a los fines de investigación científica. Dentro de la clonación de seres humanos con fines reproductivos (artículo 160.3.), el consentimiento informado es restringido y no puede ser aplicado para una finalidad prohibida dentro del tipo penal; sin embargo, aunque no atañe a este tipo, sí será aplicado el consentimiento informado para la clonación terapéutica. Igual ocurre en otros procedimientos relacionados a la selección de raza, de entrada ni el consentimiento informado ni otro mecanismo es válido para el fin de protección de este tipo. En la reproducción asistida sin consentimiento (artículo 161.1.), el mismo alcance el tipo tiene como elemento el consentimiento, pues en este caso de omitirse el consentimiento informado, se perfecciona el injusto típico. Sobre la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (artículo 160.1.), no se aplica el consentimiento informado por no ser un ámbito propio para este, a pesar de ello, se estará ante las regulaciones propias sobre los agentes biológicos u otros, con los que se pueden producir armas de esta generación (genética).

B) LIBERTAD EN LA DISPOSICIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y RESPONSABILIDAD

En relación a la libertad de disposición sobre los bienes jurídicos individuales, se añadiría que el tratamiento que otorga el titular de dichos bienes sobre los mismos, puede conformar un límite o filtro objetivo de la responsabilidad penal en el ámbito del tipo, pues se estaría ante un problema de imputación del riesgo creado por la persona afectada o puesta en peligro y no ante una cuestión de imputación del resultado[91].

Con relación a los delitos de manipulación genética y el bien jurídico-penal protegido, en concordancia a lo que se sostiene en este

[91] Vid. por todos Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», p. 80, especialmente el criterio expuesto por Frisch.

trabajo,[92] la libertad de disposición se daría únicamente ante la dimensión individual de los diferentes aspectos del bien jurídico-penal quasi-único propuesto, mientras que en la dimensión supraindividual de dicho bien, no es posible ninguna disposición por parte del paciente ni del médico o grupo científico, este es sin duda un filtro a la responsabilidad.

De efectuarse la libre disposición de la dimensión individual, se estaría ante la imputación del riesgo dentro de la imputación de la conducta, si este excede lo que se considera como riesgo permitido, todo ello antes de pasar a la imputación del resultado. Por otra parte, si se obra sin el consentimiento informado del paciente se estaría ante la imputación del resultado, en donde el médico o grupo científico es el autor o autores del hecho; pero, si el paciente-víctima otorga su consentimiento informado sobre la dimensión supraindividual del bien jurídico quasi-único a sabiendas, la responsabilidad es compartida entre el médico por tener el dominio del hecho como autor, y del paciente como cooperador necesario al obrar con un consentimiento ilegítimo, es decir, sobre un elemento que no está al alcance de su libertad de disposición.

C) RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

El principio de autorresponsabilidad tiene como finalidad determinar si la lesión es imputable a una persona o a un tercero, y de igual forma, dentro del alcance del tipo se puede determinar la imputación a la víctima o si se está ante un caso de instrumentalización del paciente-víctima o de cooperación necesaria[93], dependiendo de la concurrencia de los hechos[94-95]. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad

---

[92] Vid., supra nota 90.

[93] Ibíd., p. 302.

[94] Romeo Malanda, «Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal», Comares, Bilbao-Granada, 2006, p. 302, con relación a las intervenciones genéticas sobre menores o incapaces, no puede verse una autoría directa de los representantes legales del sujeto; pero si una comisión por omisión, mientras que los médicos realizan la conducta de manipular; sin embargo, es un caso diferente si los padres o representantes legales del menor o del incapaz pueden tener una responsabilidad en los hechos a título de inductores o cooperadores necesarios, en el primer caso, cuando son ellos los que acuden al médico y le proponen la realización de la manipulación genética o en el segundo caso,

conlleva un deber de autoprotección, una posición de garante ante uno mismo[96], y ante una enfermedad genética (elemento determinista), el paciente puede optar por una terapia genética para obtener la cura de la enfermedad, ante ello, en el momento de elegir libremente entre las posibilidades que se le presentan por medio del consentimiento informado[97], tiene la obligación de ser garante de sí mismo y el deber de autoprotegerse, por ello, deberá elegir entre las posibilidades más favorables[98].

En el caso que se presente una actuación dolosa por parte del médico o del grupo científico con el beneplácito del paciente-víctima, se estaría ante una cooperación necesaria por parte del mismo[99], y de

cuando son ellos los que llevan al menor o incapaz al centro y le dan las facilidades a los facultativos para que realicen la manipulación genética.

95 Con ello no se acoge el criterio de que la solución dogmática para la imputación de la víctima se encuentra en la aplicación de la autoría y participación; con el mismo criterio, Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», p. 285, considera que pues no se puede trasladar una situación problemática a otro ámbito, a más que la coautoría y cooperación necesaria, depende de formulación típica.

96 Vid. ibíd., p. 307.

97 En este sentido, Faulder, «Whose Body Is It?. The troubling issue of informed consent», Virago, London, 1985, p. 128, señala que no hay derechos sin responsabilidades. Ante ello, se puede decir, que frente al derecho a prestar el consentimiento informado y al derecho de autodeterminación del paciente, es plenamente válido que se produzca la autorresponsabilidad del mismo sobre sus decisiones.

98 Con relación al tema, Williams, «Voluntary acts and responsible agents», OJLS, vol. 10, núm. 1, 1990, p. 7, se refiere a que la responsabilidad de uno mismo implica determinadas condiciones, así, la persona debe tener la certeza de conocerse a sí mismo, un plan de vida definido, la supremacía de ciertos valores sobre los simples deseos. Lo dicho por este autor, ayuda a formular un planteamiento lógico dentro de las decisiones sobre las técnicas genéticas y otras que se puedan emplear, pues, lo que se desea hacer o no conlleva una estrecha relación con los planes de vida y el conocimiento de sí mismo, en este sentido una pareja o madre soltera que desea tener un hijo, se inclinará por una de las técnicas de reproducción asistida, y su responsabilidad no se extiende únicamente respecto al hijo que tendrá, sino a la correcta observación y procedimiento de los requisitos legales para hacerlo, es así que preferirá la reproducción asistida antes que una técnica de clonación reproductiva, con el fin de cumplir su plan de vida.

99 Vid. Corcoy Bidasolo, «Límites y...», en «El Nuevo Derecho…», p. 1113, considera que el hecho de que en algunos de los tipos de manipulación genética se proteja un bien jurídico colectivo determina que el consentimiento del donante o receptor para que

autoría directa en relación al médico o grupo científico. Dentro de esta línea, se deberá comprobar si el paciente-víctima no ha sido instrumentalizado por el médico o grupo científico para la alteración de su genotipo o para la práctica de una clonación reproductiva o reproducción asistida, en este caso se produciría una autoría mediata[100]. Para que el paciente-víctima responda directamente como inductor o cooperador necesario, sería necesario de que fuera él, quien anime u obligue al médico para que se practique una alteración del genotipo, una clonación reproductiva, una fecundación de gametos sin fines reproductivos.

D) ORGANIZACIÓN COMPLEMENTARIA DE LA ACCIÓN

En relación a la tradicional división realizada por Roxin sobre la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro y las posteriores variantes presentadas por otros autores. En los delitos de manipulación genética de manera general, no es necesaria esta división, pues algunos de los casos tratan de una heteropuesta en peligro consentida, equivalente según la doctrina a una autolesión y por lo tanto impune[101]; aunque haya una sucesión temporal, lo que se produce es una *organización complementaria* de la acción.

Conforme a la organización complementaria de la acción, se puede apreciar que por una parte, el paciente-víctima otorga su consentimiento informado[102], es decir, está en posesión del dominio de la decisión[103] y ejerce su libertad de elección entre muchas posibilidades, incluso puede ser consultado él o sus familiares varias veces sobre las decisiones que se tomen durante el transcurso del tratamiento o intervención, por lo que, el

---

utilicen sus células, no solo no excluye la relevancia penal de la conducta sino que en su caso puede determinar que esta persona sea calificada de cooperador o inductor.

100 En el tipo doloso, puede operar la autoría mediata en los delitos de manipulación genética, así, un mafioso que obliga a hacer una clonación a un médico o alterar el genotipo con fines de transmisión a la descendencia.

101 Vid. Feijóo Sánchez, «Actuación de la víctima...», pp. 290 ss.

102 No se debe olvidar que es el paciente el que acude donde el médico y hace una petición de atención y tratamiento, excepto que sea buscado como voluntario por algún grupo de investigación científica.

103 En concordancia con el criterio de Jakobs en PG, 2.ª, 7/130, 21/ 56 SS., 21/78ª, cit. por Feijoo Sánchez, en «Actuación de la víctima...», p. 311.

dominio de la decisión siempre recae en el paciente-víctima, y por otro lado, el médico o grupo científico dentro del acto médico que practica obtiene el dominio del hecho (tipo doloso) o el control del riesgo (tipo imprudente)[104], de tal forma, que los actos tanto del paciente como del médico son complementarios entre sí. Por ello, el médico o grupo científico es el que está cualificado para llevar el control del riesgo, mientras que el paciente-víctima, en una relación de confianza ante el médico, siempre tendrá el poder de decidir, de elegir libremente entre las posibilidades, es decir, el dominio de la decisión ya sea por sí mismo, por sus parientes o representante legal[105]. En este sentido se considera que el acto que realiza el paciente-víctima a través del consentimiento informado y el acto médico en sí, conforman una organización comple-

[104] Vid. con un criterio aproximado sobre co-dominio del hecho, Silva Sánchez, «Medicinas Alternativas e imprudencia médica», Bosch, Barcelona, 1999, p. 79, en los casos que se admite el consentimiento en el riesgo con resultado de muerte, el sujeto pasivo debe alcanzar niveles de protagonismo que sobrepasen los propios del consentimiento hasta configurar una autopuesta en peligro, así esta situación expresa un dominio o co-dominio del hecho, que puede aplicarse en ciertos casos pero no en todos.

[105] Cancio Meliá, «Conducta de la víctima...», pp. 147-148, es interesante el planteamiento sobre la intervención de la víctima desde una perspectiva de víctima, sobre todo desde el punto de vista de los conocimientos que esta disponga. En ese sentido, la víctima en los delitos de manipulación genética siempre va a tener un conocimiento restringido sobre el tema para poder aplicar cualquier técnica por sí misma, otra cosa, es que mediante la información que reciba por parte del médico o grupo científico, otorgue un consentimiento eficaz sobre un bien jurídico de su titularidad, y sobre este aspecto a decir de Cancio Meliá, se tendría al consentimiento como una solución dogmática, cuando se concibe a la autorresponsabilidad de la víctima en relación a supuestos que de alguna manera la víctima «renuncia» consciente sobre el bien jurídico que posteriormente se convierte en víctima. Por otra parte, Frisch, Tipo penal e imputación objetiva, trad. Cancio Meliá, De la Gádara Vallejo, Jaén Vallejo, Pérez del Valle, Reyes Alvarado, Ventura Püschel, Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 143 ss. expone la idea de construir una concepción de los presupuestos del consentimiento desde la perspectiva del autor, con lo que se pretende determinar de una forma objetiva cómo se presenta la situación de los conocimientos de la víctima para el autor. Con respecto a este criterio, se puede decir que el autor en los delitos de manipulación genética, tiene lineamientos objetivos sobre el conocimiento de la víctima, es así que tiene la obligación de informar sobre los beneficios y riesgos que conlleva determinada técnica, porque sabe de sobra que la víctima carece de este tipo de conocimientos especializados, y en base a ello, la víctima otorgará su consentimiento informado, al margen que la falta de información al paciente puede acarrearle incluso en algunos casos responsabilidad penal al equipo médico o científico.

mentaria que en ciertos casos depende la una de la otra, pues, el médico o grupo científico no podría proceder sin el consentimiento informado del paciente-víctima, es decir, sin la materialización de la autonomía de la voluntad del mismo, y la libertad de elegir entre posibilidades que tiene el paciente-víctima, no puede hacerse realidad sin la intervención del médico o grupo científico, pues es obvio que el paciente-víctima por sí solo no está capacitado para ejercer un acto médico, por lo tanto, los actos del paciente-víctima y del médico son complementarios, y la organización de hechos es realizada por las dos partes por igual, amparadas en el principio de confianza mutua[106]. Con el cual cada parte realizará lo que le corresponda de una manera reglamentaria, es decir, de acuerdo a lo que se requiere en cada ocasión[107]. [108]

Al tratarse del caso contrario al expuesto, si se toma el parámetro de la actuación al final, el médico o grupo científico siempre será responsable por lo que pueda acontecer, y el paciente perdería el real alcance que tiene el consentimiento informado como (su) derecho humano, y el principio de autorresponsabilidad carecería de efecto en estos casos.

En el supuesto de que la organización complementaria produce algún resultado lesivo, este quedaría cubierto por el consentimiento informado y el principio de autorresponsabilidad del paciente-víctima, pues, en pleno ejercicio del principio de la autonomía de su voluntad, ejerció la libertad de disponer sobre un bien jurídico propio, por lo tanto,

---

[106] En este sentido, entre otros: Reyes Alvarado, «Imputación...», p. 142; Feijóo Sánchez, «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho pena: Fundamento y consecuencias dogmáticas», RDPC, núm. 1, 2000, pp. 95 ss.

[107] Gómez Pavón, Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 343, por la práctica médica actual, el trabajo y la responsabilidad de un grupo médico o científico se basan en la división del trabajo y en el principio de confianza, esto hace que los intervinientes no tengan que controlar todos los cursos causales influyentes, sino únicamente determinados procesos, mientras que el jefe del equipo se encarga de fijar las pautas del tratamiento y de ordenar las medidas oportunas.

[108] Vid. supra. apartado II, B), se concuerda con el criterio expuesto por el Profesor Cancio Meliá sobre la confluencia de conductas y la disminución de la responsabilidad del autor, en el caso de estudio se comparte la responsabilidad entre el paciente-víctima y el médico o grupo científico (autor), con la consiguiente disminución de la responsabilidad únicamente atribuida al médico o grupo científico (autor).

ha ejercido la libertad de escoger entre las posibilidades terapéuticas y los riesgos que presentan las mismas[109], todo ello materializado por el consentimiento informado ocasiona la autorresponsabilidad de la víctima y por lo tanto, algún resultado desfavorable quedaría en el ámbito de su propia imputación, que al disponer de un bien jurídico propio la actuación del paciente-víctima es impune. De esta manera, el médico o equipo científico no puede ser imputado si ejecutó su acto conforme a la *Lex artis* médica, caso contrario si existe algún fallo imputable por obrar sin el consentimiento informado o con imprudencia por parte del médico o grupo científico, el resultado lesivo será imputado a su conducta, excepto si ha mediado un estado de necesidad dentro del curso de una intervención donde le era imposible obtener el consentimiento el paciente, de sus familiares o de un representante legal, razón por la que procedió en atención a la ponderación de bienes jurídicos en juego, tal como se procede en estos casos de estado de necesidad[110].

En relación a los tipos de manipulación genética, se produce una organización conjunta entre el paciente y el médico o grupo científico en el caso de la alteración de genotipo con fines terapéuticos, en la clonación terapéutica y en la fecundación con fines reproductivos. Sin embargo, esta construcción no se puede aplicar dentro de la reproducción asistida sin el consentimiento, pues, al ser arrebatado el dominio de la decisión del paciente, por no contar con el consentimiento informado, se viola todos los principios y derechos que le asisten al paciente como es la autodeterminación y el consentimiento informado; en este supuesto el médico o grupo científico responderá por la lesión al bien jurídico que se protege en este tipo, sin que al paciente-víctima se le pueda adjudicar ningún tipo de autorresponsabilidad en los hechos[111], en este caso de excepción se aparta de la organización complementaria y se adhiere al dominio de la decisión arrebatado por otro, y por ende, desplaza la

---

[109] Vid. Giddens, «Risk and Responsability», MLR, vol. 62, 1999, pp. 1-10, sobre los riesgos relacionados a las nuevas tecnologías, hace una mención especial a la organización irresponsable de las partes para manejar dichos riesgos y la responsabilidad de todos frente a las generaciones futuras por transformar la naturaleza.

[110] Vid. Feijóo Sánchez, «Resultado lesivo...», pp. 374, con relación al estado de necesidad y el principio de autorresponsabilidad.

[111] La Ley de reproducción asistida requiere del consentimiento informado para la que proceda cualquier técnica sobre un paciente determinado.

imputación a quien tiene el dominio del hecho, es decir, el médico o grupo científico.

E) FINALIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE NATURALEZA INDIVIDUAL DENTRO DE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA

En un inicio al empezar con una breve referencia sobre la problemática de la imputación a la víctima, se advirtió que uno de los motivos del olvido de la misma dentro de la Teoría del delito, ha sido el creciente protagonismo del Estado en desmedro de la atención a la víctima del delito, ante esto se considera que los principios de naturaleza individual propuestos como parte de los límites al *Ius puniendi* del Estado, cumplen con un fin no solo dentro de esta área, también pueden desplazarse a la Teoría del delito para garantizar la autonomía de la voluntad del individuo al momento de elegir determinadas posibilidades o riesgos, y en ciertos casos, es indiscutiblemente necesaria la presencia del principio operativo del consentimiento con todos sus requisitos, como es el caso del consentimiento informado, lo que fundamentaría la eficacia del principio de autorresponsabilidad de la víctima que dispone de forma libre y escoge su mejor opción dentro de los fines terapéuticos. Con ello se expresa la libertad del individuo en donde se le es permitido dentro de dos ámbitos tan distintos como son los límites al *Ius puniendi* del Estado y la Teoría del delito (imputación).

VI CONCLUSIONES

1. Con relación a la validez del consentimiento, como una opción dogmática para solventar la problemática de la imputación a la víctima, se concluye que dependiendo de la normativa del sector, el consentimiento en su manifestación de consentimiento informado, no solo es admisible, sino que es necesario para la determinación de la autorresponsabilidad del paciente-víctima, por ende, se comprueba esta premisa admitida y mencionada por la doctrina, en cuanto a la importancia de la normativa sectorial y del principio de autorresponsabilidad. Precisamente, dentro de los tipos penales relativos a la manipulación genética se presenta un inevitable retorno a la figura del consentimiento, en este caso al consentimiento informado. Esto demuestra que las soluciones dogmáticas a los problemas de imputación a la víctima pueden ser varios, y dependen del alcance de cada tipo y de la normativa sectorial de cada caso.

2. Como conclusiones sobre la imputación de la víctima dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, se consideran los siguientes puntos: 1). Para la imputación de la víctima en estos delitos, se debe recurrir al criterio de imputación objetiva en sentido amplio. El empleo de este criterio de imputación objetiva en estos casos, se justifica por la necesidad de recurrir al consentimiento informado para escoger entre las posibilidades y los riesgos que presentan los tipos penales (terapias genéticas y otras vinculadas). 2). En cuanto a la disposición de las dimensiones individual y supraindividual del bien jurídico quasi-único, se considera por una parte, que si se procede sin el consentimiento informado del paciente-víctima, el médico o grupo científico es el autor o autores del hecho. Si el paciente-víctima otorga su consentimiento informado sobre la dimensión supraindividual del bien jurídico quasi-único a sabiendas, la responsabilidad es compartida entre el médico por tener el dominio del hecho como autor, y del paciente como cooperador necesario por otorgar su consentimiento sobre un bien que no está dentro del alcance de su libertad de disposición. 3). El principio de autorresponsabilidad conlleva un deber de autoprotección, una posición de garante ante uno mismo. En este sentído, el paciente puede optar por una terapia genética para obtener la cura de la enfermedad, frente a esta situación, el paciente al elegir entre las posibilidades terapéuticas, por medio del consentimiento informado, tiene la obligación de ser garante de sí mismo y el deber de autoprotegerse. 4). Con relación a la autopuesta y heteropuesta en peligro (Roxin) y otras variantes, en los delitos de relativos la manipulación genética de manera general, no es necesaria esta división, pues algunos de los casos se tratan de una heteropuesta en peligro consentida, equivalente según la doctrina a una autolesión y por la tanto impune (alteración del genotipo con fines terapéuticos, fecundación de óvulos con fines reproductivos). Aunque haya una sucesión temporal, lo que se produce es una organización complementaria de la acción; por una parte, el paciente otorga su consentimiento informado, es decir, está en posesión del dominio de la decisión y ejerce su libertad de elección entre algunas posibilidades terapéuticas, y por otro lado, el médico o grupo científico obtiene el dominio del hecho (tipo doloso) o el control del riesgo (tipo imprudente), por lo que se concluye que los actos tanto del paciente-víctima como del médico son complementarios entre sí.

3. Los principios de naturaleza individual como parte de los principios limitantes al *Ius puniendi* del Estado, cumplen una doble función: 1). Como principios limitantes de las facultades punitivas del Estado; 2). Dentro de la Teoría del delito, garantizan la autonomía de la voluntad del individuo, mediante el consentimiento, lo que justifica la presencia del principio de autorresponsabilidad del paciente-víctima, de esta manera, la persona ejerce su libertad tanto en los límites del *Ius puniendi* y en la Teoría del delio (imputación). Con este fundamento se presta mayor importancia a la víctima dentro del Derecho penal.

BIOGRAFÍA

Anteproyecto del Código Penal 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992. *Anteproyecto* del Código Penal 1992, Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial, CDJ, Madrid, 1991. *Anteproyecto* del Código Penal 1994, Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994. *Anteproyecto* de Garantías penales. La constitucionalización del Derecho penal. Ministerio de Justicia y Derecho Humanos del Ecuador. *Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in andere Moderne, Frankfurt, a. M., 1986; *el mismo:* Risk Society. Towards a New Modernity, Sage Publications, London, Thousand Oask, New Delhi, 199. *Beristain*, «Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro», Cuadernos de Política Criminal, 2000. *Bilancetti*, La responsabilitá penale e civile del medico, 2ª edic., Ed., CEDAM, Padova, 1996. Busto Ramírez, Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987. *Cancio Meliá*, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima «imputación a la víctima» », Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; *el mismo* «Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal», 2ª. edc. Bosch, Barcelona, 2002. *Carbonell Mateu*, «Breves Reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», (Intereses difusos y Derecho penal), Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994. *Corcoy Bidasolo*, «Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales», Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; *la misma*: «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control del riesgo», Política Criminal de Europa, Mir Puig y Corcoy Bidasolo dir.(s), Atelier, Barcelona, 2004; *la misma:* «El delito imprudente.

Criterios de imputación del resultado», 2ª edic., Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008. *De la Gándara Vallejo*, «Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva», Colex, Madrid, 1995. *Eser*, «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. XLXIX, fasc. III, 1996. *Faulder*, «Whose Body Is It?. The troubling issue of informed consent», Virago, London, 1985. *Feijóo Sánchez*, «Actuación de la víctima e imputación objetiva. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999), Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, núm. 5, 2000; *el mismo:* «Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado», Bosch, Barcelona, 2001; *el mismo:* «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho pena: Fundamento y consecuencias dogmáticas», Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, núm. 1, 2000. *Frisch*, «Comportamiento típico e imputación del resultado», trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004; *el mismo:* «Tipo penal e imputación objetiva», trad. Cancio Meliá, De la Gádara Vallejo, Jaén Vallejo, Pérez del Valle, Reyes Alvarado, Ventura Püschel, Ed. Colex, Madrid, 1995. *García Álvarez*, «La autopuesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular», Tirant lo blanch, Valencia, 1999. *Giddens,* «Risk and Responsability», The Modern Law Review, vol. 62, 1999. *Gimbernat Ordeig*, Imputación objetiva, participación en un autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, núm. 2, 2004. *Gómez Pavón*, Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, Bosch, Barcelona, 1997. *González Cussac,* «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», Revista del Poder Judicial núm. 28, 1992. *Gónzalez Cussac, Mira Benavent,* «Ámbito de responsabilidad de la víctima y Teoría de la imputación objetiva», AAVV, La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo siglo, LH. al Prof. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002. *Gracia Martin*, «¿Qué es la modernización del Derecho Penal?», en AAVV, La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo siglo, LH. al Prof. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002. *Hassemer*, Fundamentos de Derecho penal, 1.ª edic., AD-Hoc, Buenos Aires, 1996. *Herzog*, «Límites del Derecho penal», en AAVV, La insostenible situación del Derecho penal, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española), Comares, Granada, 2000.

Herrera Moreno, «Sobre los orígenes científicos de la Victimología, Cuadernos de Política Criminal, núm. 56. *Jakobs,* «La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte», en Estudios de Derecho penal, trad. Peñaranda Ramos, Suárez Gónzalez, Cancio Meliá, 1ª edic., Civitas, Madrid, 1997. *Jorge Barreiro,* «Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica», Estudios Penales y Criminológicos XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991. *Kerner*, «Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica», Cuadernos de Política Criminal, núm. 62, 1997. *Ley Orgánica del Código Penal*, Trabajos parlamentarios, T. I., Cortes Generales, Madrid, 1996. *Martínez-Buján Pérez*, «Derecho penal económico, Parte General», Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. *Mata y Martín*, «Bienes jurídicos intermedios y Delitos de peligro», Comares, Granada, 1997. *Mir Puig,* «El sistema del Derecho penal en la Europa», en Fundamentos de un Sistema europeo del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1996; *el mismo:* «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (comentario a la STS de 17.1.1990)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991. *Morales Prats,* "Técnicas de Tutela de intereses difusos", en Intereses difusos y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994. *Müssig*, «Desmaterialización del bien jurídico y de la Política Criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», Cuadernos de Derecho Penal y Jurisprudencia Penal núm. 11, Año III, 2001. *Queralt Jiménez,* «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos a propósito del Proyecto Alternativo de reparación», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XLIX, fas. 1. *Pelayo Gónzalez-Torre,* «La intervención jurídica de la actividad médica. El consentimiento informado», Dykinson, Madrid, 1997. *Pérez Álvarez,* «Protección penal del consumidor. Salud Pública y alimentación», Editorial Praxis, Barcelona, 1991. *Portilla Contreras,* «Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo», Cuadernos de Política Criminal, núm. 45, 1991. *Proyecto* del Código Penal 1992, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992. Proyecto del Código Penal 1994, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994. *Reyes Alvarado*, Imputación objetiva, 2.ª edic., Temis,

Bogotá, 1996. *Romeo Casabona,* «Derecho Sanitario Aragonés», Estudio sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón, v. I, Zaragoza, 2004. *Romeo Malanda,* «Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal», Comares, Bilbao-Granada, 2006. *Roxin,* Derecho Penal. Parte General, 2ª ed. Alemana, trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1999. *Sampedro Arrubla,* «La reconstrucción victimológica del sistema penal», Cuadernos de Política Criminal, núm. 81, 2003; *el mismo:* «La Corte penal internacional: Aproximación al papel de las víctimas», Cuadernos de Política Criminal, núm. 69, 1999. *Santana Vega,* «La protección penal de los bienes jurídicos colectivos», Dykinson, Madrid, 2000. *Silva Sánchez,* «Medicinas Alternativas e imprudencia médica», Bosch, Barcelona, 1999; *el mismo:* «Aproximación al derecho penal contemporáneo», Bosch, Barcelona, 1992; *el mismo:* «Victimología», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1993; *el mismo:* La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edic., revisada y ampliada, Civitas, 2001; *el mismo:* «La libertad de terapia y responsabilidad penal del médico», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, añ. VII, núm. 12, 2001. *Stratenwerth,* «Zukunftssicherhung mit den Mitteln des Strafrechts», ZStW (105), 1993. *Tellez Aguilar,* «Las víctimas del delito en el Derecho Penal español», Cuadernos de Política Criminal, 1993. *Schünemann,* «Sistema del Derecho penal y Victimodogmática», AAVV, La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo siglo, LH. al Prof. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, el *mismo:* «El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y Victimodogmática como enlace entre el sistema de la Parte General y de la Parte Especial», Moreno Hernández (coord.), en Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, CEPOLCRIM, México, 2003. Tamarit Sumilla, «La Víctima en el Derecho penal», Aranzadi, Navarra, 1998. *Williams*, «Voluntary acts and responsible agents», Oxford Journal of Legal Studies, vol. 10, núm. 1, 1990.

Derecho
Procesal Civil

ACESSO A JUSTIÇA E MEDIAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRAILEIRO

Astried Brettas Grunwald*
Robson Ramos Paranhos**

RESUMEN:

El proyecto para modificar el código civil en su interior brasileño trajo cambios importantes en relación con el acceso a la justicia. Los cambios más recientes realizados sólo en virtud del procedimiento, instrumental, esta mediación comenzó a ser percibido como una manera efectiva de promover la composición de los conflictos y, por lo tanto, la restauración del equilibrio social.

RESUMO:

O projeto de alteração do código civil brasileiro trouxe em seu bojo importantes modificações no que tange ao acesso a justiça. As últimas alterações deram-se somente no âmbito processual, instrumental, nesta a mediação passou a ser percebida como uma forma eficaz de composição de conflitos promovendo maior celeridade a composição dos conflitos e consequentemente do restabelecimento do equilíbrio social.

Introdução

Atualmente não apenas as relações interpessoais se submetem a corrida do tempo, mas todas as demais relações incluindo-se as de

* Advogada, Esp. em Metodologia do Ensino Superior, Esp.em Direito do Trabalho; Mestre em Direito Processual Civil pela Uni sinos, Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira, doutoranda pela Universidad Del Museo Social da Argentino, Coordenadora do Grupo de Pesquisa Acesso a Justiça e Processo Civil, Membro do Tribunal Arbitral do Rio Grande do Sul,

** Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, campus Salvador, , membro da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Acesso Justiça e Processo Civil.

natureza processual. O tempo passou a ser fator determinante da vida das pessoas, da manutenção de relações jurídicas, das demandas processuais.

As questões levadas ao Poder Judiciário, visando uma solução adequada para que retornassem a um estado de equilíbrio, passaram a requerer maior celeridade, pois impossível se manter um equilíbrio das relações na sociedade se os conflitos destas mesmas relações perduram anos e anos no Poder Judiciário no aguardo de uma resolução.

Se a permanências destes conflitos *sub iudice* em nada repercutissem no meio, talvez não houvesse uma maior preocupação com a questão tempo, no entanto, situação inversa se percebe, pois lá permanecem de forma constante e latente elevando dia a dia a litigiosidade entre os sujeitos, elevando dia a dia a insatisfação com o órgão jurisdicional, elevando dia a dia a insatisfação e descrédito do próprio Estado enquanto responsável pela composição de conflitos, mesmo porque a ele se resguardou o dever de compor os conflitos decorrentes das inúmeras relações jurídicas estabelecidas no meio social com o fim de manter a paz e o equilíbrio social.

Nesta esteira refere Streck[1] que hoje há "um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos, e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível". Num retorno ao passado percebe-se que jamais existiu, no contexto histórico constitucional brasileiro, uma Constituição, que concedesse ao cidadão, tão vasta gama de direitos e garantias como a carta vigente, mas por outro lado tem-se uma sociedade numa linha crescente de insatisfação pelos órgãos jurisdicionais. Insatisfação saliente-se, resultante de uma relação direta com a crise da jurisdição estatal: a crise estrutural, a pragmática, a crise tecnológica e a crise paradigmática. "A crise das instituições são a praga do século abrangendo não apenas de determinadas formas de governo, mas a todos os Estados indistintamente" [2].

---

[1] Streck, Lenio Luiz. Hermenêutica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.38.

[2] J.E.Carreira Alvim refere que " em todo lugar, independentemente da forma de Estado e do sistema de Governo, as instituições funcionam mal, o povo não confia nelas, e, para

Morais[3] refere que as crises enfrentadas pelo Estado devem ser analisadas sob diversas perspectivas:

> (...) uma que diz respeito ao seu financiamento - infra-estrutura de instalações, pessoal e equipamentos, custos_ que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários, etc.), efetivamente despendidos, como também ao custo diferido que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas _ remuneração, etc._ que denominamos crise estrutural. Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda, o acúmulo de demandas. É a crise objetiva ou pragmática. (grifo do autor)

Viabilizando o enfrentamento da questão aponta, ainda, Morais[4], para a terceira e quarta perspectiva da crise em que o Estado Democrático de Direito se encontra:

> (...) a terceira crise se vincula à incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais, mas, também, a (re) formulação de mentalidades (...). Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso sub judice. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação do modelo jurisdicional para

---

fortalecê-las, busca-se uma forma de controlá-las, na certeza de que o controle do poder pelo próprio poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*) faliu e já não atende à sociedade do limiar do Século XXI. (...) Neste contexto , adquire relevância as alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional, como antídoto de uma justiça 'lenta cara, complicada, burocratizada e inacessível até para os conflitos tradicionais ' , alternativas estas que têm sido buscadas sobretudo na reestruturação dos processos , através da simplificação dos procedimentos." (Alvim, J. E. Carreira . Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, ano 21, n.84., p.175, out./dez., 1996)

[3] Morais, op. cit, p.140.

[4] Morais, op. cit.,p.140.

> tender às necessidades sociais do final do século - e do milênio _ em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos, ou ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende utilizar é a crise paradigmática

Não há dúvida de quanto a necessidade de se criarem meios de efetividade do acesso à justiça sendo este percebido não apenas como meio adequado de deduzir pretensões junto ao Poder Judiciário, mas também da criação de meios alternativos paralelos, bem como instrumentos judiciais céleres e eficazes no sentido de promover a composição do conflito no menor lapso temporal viável evitando-se não apenas gastos de ordem econômica como emocionais.

Durante anos, mais precisamente desde os anos noventa se ouve, se escreve, se debate acera do acesso a justiça. Em determinados momentos, ditados mesmo pelo momento histórico, político e social vivenciado, o acesso à justiça passou a ser percebido apenas como uma forma de assegurar igualdade entre as partes face às disparidades econômico-culturais, posteriormente voltou-se a criação de soluções de conflitos que evoluíam de seu estado individual para transindividual, a própria movimentação social, as demandas que passaram a acumular-se no judiciário acabou por voltar os olhos dos doutrinadores e operadores do direito para um acesso a justiça voltados a criação de mecanismos alternativos para composição dos conflitos, então, marginalizados pelo Poder Judiciário. Mais recentemente, numa conseqüência do avanço e evolução natural da própria sociedade, os debates em torno do acesso a justiça tomaram novos contornos, voltaram-se à criação e efetividade de instrumentos que implementados a relação processual fossem realmente capazes de promover a composição dos conflitos no menor lapso temporal possível numa tentativa de responder positivamente as garantias e direitos assegurados constitucionalmente, a criação de mecanismos que promovessem maior celeridade aos processos judiciais bem como maior efetividade as decisões proferidas pelos órgãos judicantes.

Neste sentido corrobora Basso[5], ao afirmar que o principal obstáculo ao acesso à justiça é a lentidão processual, decorrente do excesso de

[5] Basso, op. cit.,p.15.

causas tramitando tanto na primeira como na segunda e terceira instância; o alto custo enfrentado pelos litigantes, tornando causas de valor menos expressivo em causas demasiadamente caras; a demora no proferimento de decisões que ponham fim ao conflito, promovendo um estado de insegurança; o excesso de formalismo e ritualismo, característico da justiça comum, e, por fim, aponta ainda como obstáculo, a "falta de consciência do valor do tempo, que também repercute na ineficiência e lentidão do serviço de prestação da justiça[6]". Por outra banda, Santos[7], ao fazer numa análise crítica acerca da política judiciária, conclui ser necessário o surgimento de uma nova política judiciária, conclui ser esta comprometida com a democratização não apenas da justiça mas da própria sociedade ressaltando duas vertentes:

> (...) a primeira diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos atos processuais e o incentivo à conciliação das partes; o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse de agir.

Nesta abordagem e numa tentativa de evitar a total descredibilização do Estado frente à composição dos conflitos intermináveis perante o Poder Judiciário, inúmeras alterações foram propostas e outras já implementadas. Em 1993 publicou-se a Lei de Arbitragem, lei nr.9307, a qual possibilita as partes cujo conflito seja de natureza patrimonial, de optarem por uma forma privada de composição do conflito concedendo ao árbitro os poderes necessário para que possa analisar e julgar o conflito que lhe foi confiado; passou-se a dar maior relevância a conciliação como forma efetiva e célere de promoção da justiça, mutirões de conciliação foram realizados por todos o território nacional numa tentativa de retirar do poder judiciário conflitos que lá já se encontrava há anos sem solução; os juizados especiais passaram a ser implementados em todos os estados abrangendo não apenas causas cíveis mas criminais

---

[6] Basso, op.cit., p.15.

[7] Santos, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. 6.ed. São Paulo: Cortez, 1999, p.177..

e inclusive de âmbito federal, a mediação passou a ser mais divulgada entre os operadores do direito como uma forma de restabelecer o convívio social extirpando do meio o conflito entre os indivíduos ,e , por outra banda inúmeras propostas foram feitas no que tange ao processo judicial em especial no que tange a legislação processual civil, numa tentativa incessante de promover a justiça, elevar a credibilidade em torno do Poder Judiciário como órgão responsável em promover o equilíbrio da sociedade através da segurança jurídica resultante de suas decisões, numa tentativa de efetivamente promover o tão almejado acesso à justiça..

No que tange a legislação processual civil, inúmeras minireformas se sucederam oras voltadas a simplificação de procedimentos, ora a implementação de novos institutos processuais que pudessem diminuir os prejuízos das partes em litígio, prejuizos não apenas econômicos mas também emocionais. Há muito percebia-se a necessidade de uma revisão crítica do processo com olhos voltados para o futuro, rompendo com o pensamento estagnado na impossibilidade de conhecimento e execução viabilizarem-se num único processo, numa redução no sistema recursal que assegura anos de litígio em discussão e o (re)surgimento do juízo de verossimilhança e por conseguinte a efetivação dos próprios princípios constitucionais processuais que possam interferir na negação do acesso à justiça positivando-o .

A estrutura do processo massificadamente no Brasil, representa, sem sombra de dúvida, um dos fatores preponderantes para a negação do acesso à justiça em especial no que tange ao principio da celeridade processual, atualmente tido como garantia constitucional através da emenda 45.

Porém, na esteira do pensamento comodista acerca dos obstáculos a efetividade do acesso à justiça, que por ora se faz necessário sob pena de singrar-se o tema do capítulo, é possível distinguir-se duas formas de agilização da justiça, ambas associadas a novos mecanismos institucionalizados descritos por Alvim[8]: como sendo

[8] Alvim, op.cit.,p.177.

> (...) aquela que mantém no seio da comunidade a solução dos seus conflitos, através desses organismos parajudiciais, mais voltados para a pacificação dos contendores; e, aquela que preserva o monopólio estatal da Justiça, mas busca minimizar[9] o processo, através da simplificação do procedimento, com a adoção do julgamento antecipado da lide, antecipação da tutela e etc..., com o que torna menos lenta a jurisdição.
>
> Discorre sobre o assunto, Cappelletti[10] no seguinte sentido
> É preciso, para que se tenha como justo o processo legal, que, antes de tudo, se assegure o acesso de todos à Justiça. Há hoje um reconhecimento universal de que a confiabilidade das instituições jurídicas reclama a implantação de sistema em que os direitos não sejam apenas simbólicos, mas que se traduzam em remédios efetivos. Assim como o Estado Social de Direito não se contenta com a formal declaração dos direitos do homem, mas exige que a estrutura estatal se empenhe com providências concretas de realização das garantias fundamentais, também a noção de Acesso à Justiça não pode ser apenas um acesso formal, na prática embaraçada por intransponíveis requisitos de ordem burocrática e econômica.

No entanto, uma das mais ansiadas reformas, veio com o anteprojeto do código de processo civil proposto que traz em seu texto à criação de um novo-velho mecanismos de acesso à justiça, a mediação. Trata-se de uma tentativa de promover a composição dos conflitos intersubjetivos no menor lapso temporal, com o uso de técnicas menos complexas e formais que o procedimento judicial e que acaba por simplificar o processo de modo a tornar satisfatória a prestação da justiça evitando-se a negação da justiça, pois a complexidade e formalidade dos procedimentos tornam inúmeras vezes morosas a justiça, o que representa a denegação da própria justiça.

---

[9] Alvim refere-se em sua obra ao termo 'minimizar' ressaltando que o termo adquire o sentido de, "*quantum satis*, tornar mínimo (reduzir) o processo para a solução do litígio. Nada tem a ver com a sua importância, enquanto método de resolução dos conflitos". (Alvim, J.E.Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, ano 21, n.84, p.177, out./dez. 1996.)

[10] Cappelletti, op. cit., p.23.

Em muito boa hora veio à proposta de alteração do Código de Processo Civil uma vez que se convive de um lado com as insatisfações individuais das partes que, desiludidas com o Judiciário, deixam de acreditar na existência da justiça; e, de outro, com as insatisfações da própria sociedade com o Órgão a quem legitimou tal função: o Poder Judiciário, levando ao descrédito não somente o Órgão como o próprio Estado que já se percebe desgastado em seu ordenamento jurídico.

A inserção da conciliação e da mediação no sistema processual manteve a principal função dos meios alternativos autocompositivas de acesso à justiça, qual seja pacificar as partes através da obtenção de um acordo e, por conseqüência, desafogar o Judiciário levando ao conhecimento dele as questões que realmente necessitem de sua intervenção mais profunda e impositiva voltada restabelecimento da ordem e da segurança jurídica. Não se refere mais em substituição da justiça pública pela privada, ou da privada pela pública, mas na atuação lado a lado os mecanismos compositivos não impositivo e Poder Judiciário no exercício de sua funçõ de dizer o direito, que passam a coexistir sem frustrar as garantias constitucionais inseridas no art.5º da Constituição Federal[11] vigente.

As vias alternativas, hoje, positivadas no novo projeto do código de processo civil brasileiro, num passo voltado ao futuro e a democratização da justiça com a participação do cidadão, emergem posteriormente ao que Basso[12] denominou de "reconhecimento oficial da crise do Judiciário" calcado no entendimento de que a busca de soluções tradicionais como o aumento de cartórios dentro dos Fóruns, de Câmaras nos Tribunais, secretarias, redistribuição de competência entre os órgãos jurisdicionais, o aumento de previsões orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário; as alterações dos códigos processuais e a informatização da justiça não têm oferecido a sociedade os resultados esperados de modo a possibilitar uma reversão da situação vivenciada de tal modo que se tornam mais acentuadas com o passar dos anos sendo necessária a criação de novas fórmulas que vislumbrem a melhoria da justiça e

[11] Trata o artigo quinto da atual Constituição da República Federativa do Brasil acerca dos direitos fundamentais do homem.

[12] Basso, op. cit. p.16.

promovam a ruptura do sentimento de insegurança instaurado frente às instituições públicas.

O cidadão passará a ocupar um novo espaço no processo de administração da justiça, assume função ativa frente ao acesso à justiça diante na composição de conflitos deixando de ser mero espectador para tornar-se agente ativo na composição, conforme ressalta Andreatta[13] e Teixeira "o raciocínio de que a distribuição da justiça deve ser monopólio estatal é inconcebível porque presume a existência da quase totalidade dos homens como despreparados e incapazes de discernir o certo do errado ou o justo do injusto". A mediação favorecerá a participação do próprio litigante na administração da justiça por meio da manifestação de vontade quanto a composição do conflito, quanto a identificação da melhor solução para o conflito e o restabelecimento do equilíbrio e da paz social.

Não há como se negar a importância da mediação na composição dos conflitos intersubjetivos. O final de um conflito por meio de ato judicial e por meio de ato das partes possui conotação totalmente diferenciada. As sentenças, atos impositivos do direito, sejam elas proferidas pelo Poder Judiciário, sejam elas proferidas pelos Juízes Arbitrais não possuem por fim a satisfação das partes, o restabelecimento da relação social mas sim a imposição de um direito, como bem refere Figueira Junior[14] "a sentença ou a decisão arbitral que acolhe ou rejeita o pedido formulado inicialmente pelo postulante não solucionam o conflito sociológico, mas simplesmente compõem a lide processual que, por sua vez, significa nada mais do que a parcela do litígio que foi levado ao conhecimento do juiz ou árbitro". Não há uma preocupação com a efetiva paz social, mas sim o equilíbrio jurídico que nem sempre estarão lado a lado basta ver o número expressivo de recursos interpostos, o número excessivo de sentenças não cumpridas voluntariamente; a sensação de perda é inerente ao ato sentencial e na maioria das vezes acaba repercutindo negativamente sobre a psicológico do sujeito fazendo com que se sinta compelido a não cumprir o determinado ou mesmo a renovar o conflito.

---

[13] Andreatta; Teixeira, op. cit., p.10.

[14] Figueira Junior, op. cit.,p.129.

A mediação, por outra banda, tem por finalidade a promoção da composição do conflito não apenas sob seu ponto de vista jurídico, mas também sob o ponto de vista sociológico, viabilizando a efetiva pacificação social[15] além de promover o exercício da cidadania, uma vez que o próprio indivíduo passa a exercer sua autonomia no sentido de dirimir seus conflitos e gerenciá-los.O fato de depender da vontade das partes em conflito e de ser composta por vontade destas impõe a decisão uma maior segurança no sentido de ser efetivamente cumprida pois resulta do pensamento do desejo dos proproios indivíduos em conflito.

Warat[16] ressatal que ava a mediação como instrumento a ser utilizado na construção da própria cidadania na medida em que o indivíduo passa a desenvolver sua capacidade de compreensão de si próprio, do outro e do objeto do conflito de modo a vislumbrar possibilidades de solução sem que haja qualquer forma impositiva por parte de terceiro.Neste sentido o autor refere que "falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar

---

[15] Sobre a questão refere-se Luis Alaberto Warat que: la mediación es um procedimento de intervención sobre todo tipo de conflictos, termina, así, siendo mucho más que um instituto procesal. Para hablar de mediación tiene que introducir uma teoría del conflicto más psicológica que jurídica. Em el momento em que los juristas hablan de conflicto lo reducen a la figura del litigio, lo que no es lo mismo. Cuando se decide judicialmente, por medio de um litigio se considera normativamente los efectos; de este modo el conflicto puede-quedar cristalizado, retornando agravado em cualquier momento futuro. Los juristas cuando interviene em um conflicto, apelan al imaginario juridico, que yo denomino de sentido común teórico del derecho. Em um litigio los jueces deciden lo pretendido por las partes conforme procedimientos de interpretación de las normas y referencias dogmáticas, sin llevar em consideración lo querido y sentido por las partes. (...) El sentido común teórico organiza su imaginariopensando el conflicto como controversial como disputa; una disputa, que por outro lado, se reduce a custiones dogmáticas, normativas e predominantemente patrimoniales. Los juristas nunca piensan el conflicto em términos de satisfación e insatisfacción emocional o sensible.(...) "(Warat, Luis Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. Scientia Iuris, Londrina, n.4, p.11, 2000.

[16] Warat,Luis Alberto.A mediação. Disponível em:http:// www.almed.org.br.Acesso em: 10/08/2002

decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania".

Como forma autônoma de composição de conflitos intersubjetivos vislumbra como principal objetivo, não a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas, a busca do apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia percebendo-se como indivíduos sociais[17] num lapso temporal muito mais exíguo que o processo judicial.

No projeto do novo código de processo civil concede-se ao mediador e ao conciliador o *status* de auxiliares de justiça[18], destinando uma seção exclusiva aos conciliadores e mediadores judiciais[19], entenda-se que embora esteja positivada a conduta e o papel de tais meios compositivos, não lhe retira a origem fundamentada na manifestação de vontade e autonomia das partes litigantes. Tais processos compositivos somente conseguem obter êxito se as partes litigantes estiverem dispostas a efetivamente comporem o litígio levado a juizo da melhor forma possível, não havendo qualquer manifestação das partes neste sentido sem propósito se tornam tanto a conciliação quanto a mediação.

O projeto transfere aos tribunais[20], a função de criar por lei ou organização judiciária, setores destinados a realização de composição de

---

[17] Grunwald,Astried. A justiça no Estado Democrático de Direito. Revista de Pós-graduação.

[18] Art. 119. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o mediador e o conciliador judicial.

[19] Importante ressaltar que embora haja a previsão expressa de formas de conciliação e mediação inseridas no processo judicial tal positivação não excluiu de forma alguma a possibilidade de as partes litigantes promoverem a composição dos conflitos de forma extrajudicial, seja por meios de tribunais privados ou profissionais especializados.

[20] Art. 134. Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.
§ 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.
§ 2º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

conflitos por meio de conciliação e mediação sem fazer ressalva à espécie de matéria que se submeteria a tal possibilidade, o que leva a crer que se mantém a noção original de que as matérias seriam somente as referentes a direitos disponíveis, pois somente sobre estas podem as partes acordar, podem as partes transacionar. Cabe, no entanto, ressaltar que a maior ênfase em tais institutos concede-se as relações de natureza familiar em especial no que tange a mediação.

Segunda questão relevante volta-se aos princípios norteadores de ambas as funções, muito embora tais princípios já norteiem as funções dos conciliadores e mediadores agora passam a ser positivadas: a independência, assegurando a imparcialidade dos sujeitos, de modo que não poderá ser o acordo induzido em benefício de uma ou de outra parte, mesmo porque a remuneração dos mediadores e dos conciliadores ficará a cargo do próprio órgão colegiado, evitando desta forma pressões de ordem econômica sobre eles que possam influenciar em sua postura diante do conflito; neutralidade, decorrente do fato de que nem para o conciliador e nem para o mediador há interesse especifico sobre o conflito e sua respectiva composição; a neutralidade assemelha-se ao princípio da imparcialidade característico da atuação dos magistrados e juízes arbitrais na solução dos conflitos por isso a máxima que encontram-se entre e acima das partes. A partir do momento em que se impõe uma neutralidade aos conciliadores e mediadores há que se entender que diante de sua violação os mesmos devem ser afastados sob pena de impor vício capaz de desconstituir o acordo firmado.Outro princípio respaldado no projeto é o princípio da autonomia das vontades, pois como se tratam de formas autocompositivas em que compete as próprias partes envolvidas no litígio a sua solução nada mais certo que lhe asssegurar a autonomia necessário para compreensão, para a tomada de decisão em torno do acordo a ser firmado bem como possam manifestar livremente o interesse numa composição amigável e mais célere por meio da conciliação e da mediação não se submetendo por conseguinte aos desgastes normais de uma ação judicial, tal autonomia também fica claramente demonstrada quando passam a participar do processo de administração da justiça através da possibilidade de escolherem de

§ 3º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

comum acordo os mediadores ou conciliadores para participarem do procedimento; a confidencialidade, via de regra os conflitos envolvem questões de foro íntimo das partes que nem sempre são de bom alvitre tornarem-se públicas, razão pela qual é necessário que as partes tenham plena certeza de que o que é dito será utilizado exclusivamente em busca do acordo e jamais sairá da sala de conciliação e mediação preservando, desta forma, a intimidade das partes; a confidencialidade como princípio da mediação e conciliação impõe também aos conciliadores e mediadores o dever funcional de sigilo de forma que não poderão depor ou mesmo divulgar fatos e circunstâncias referidas , discutidas pelas partes e que nortearam a obtenção do acordo, podendo inclusive responderem perante o órgão jurisdicional pela falta de seu compromisso a exemplo dos árbitros que respondem civilmente e criminalmente pela quebra do sigilo o mesmo deverá ocorrer com os conciliadores e mediadores; por fim refere o projeto que o procedimento da mediação e conciliação serão norteados pela oralidade e informalidade, princípios que se associam de forma direta, pois quanto menor o número de atos materializados, formalizados, menor será a complexidade do procedimento, e, por derradeiro menor será o lapso temporal de sua realização e produção.

Disposição já presente na legislação anterior e mantida no projeto do novo código de processo civil refere-se ao dever funcional dos auxiliares de justiça em estimular a realização de um acordo, considerando que o princípio da celeridade processual, a partir da emenda constitucional 45 passou a ser uma garantia constitucional do cidadão de modo que nada mais correto se mostra que todos os sujeitos que participem da relação processual, sejam sujeitos secundários ou primários assumam o dever funcional de estimular a realização da conciliação e, agora, também da mediação, mesmo porque o atuar de todos os sujeitos envolvidos volta-se a um único objetivo a composição do conflito no menor lapso temporal possível de modo a restabelecer o equilíbrio das relações bem como a paz social.

No que tange a figura do conciliador e do mediador o projeto do novo código trouxe em seu texto realmente uma novidade de relevância, passou a diferenciar o papel do conciliador e o papel do mediador o que para muitos até hoje não era percebida. Não é incomum ouvir operadores do direito referirem-se a mediação e a conciliação como sendo o mesmo

instituto, referindo a funcionalidade os conciliadores e mediadores como sendo exatamente a mesma dentro do processo compositivo; fato desmistificado com o projeto do novo código de processo civil eis que refere em seu dispositivo 135 que competirá ao conciliador a elaboração de propostas de solução para o conflito enfrentado pelas partes, ou seja, poderá elaborar e ofertas as partes diversas propostas de acordo para que dentre elas possam as partes identificar a que melhor lhes aprouver,e, por outro lado refere que ao mediador competirá apenas a intermediação entre as partes, ou seja, competirá a ele a promoção de meios que aproximem as partes, que possibilitem a comunicação e aproximação das pares em litígio de forma que elas mesmas percebam de que forma participaram para a existência do conflito e, então, percebam de que forma podem também contribuir para a melhor solução, para a composição do mesmo de forma que agrade a ambos, a identificação das diversas possibilidades de realização de um acordo não ficará a cargo do mediador, mas sim das próprias partes.

Muito se questionou acerca de quem possui condições ou não de atuar como mediador ou conciliador, sobre qual órgão seria o responsável pelas atividades por eles desenvolvidas. Tais esclarecimentos se mostram parcos no projeto do novo código de processo civil, restringindo-se a informar que cada Tribunal de Justiça ficará encarregado de estabelecer critérios de qualificação por área profissional mantendo um cadastro dos mediadores e conciliadores sempre a disposição das partes para que possam identificar à pessoa mais adequada incluindo aqui a questão voltada a área temática do conflito.

O controle do procedimento em torno da conciliação e da mediação também ficará a cargo do próprio Tribunal de Justiça ao qual competirá a fiscalização do atuar dos mesmos sobre a composição dos conflitos através da publicização anual do desempenho dos mesmos. Não competirá ao Tribunal apenas o levantamento qualitativo, ou seja, no que tange ao número de mediações e conciliações efetivadas, como também competirá a ele o controle em torno da imparcialidade dos conciliadores e mediadores, seu compromisso ético com a administração da justiça e para com as partes, característica fundamental para a composição do conflito, em oposição a parcialidade que caracteriza a relação entre os litigantes.

Como garantia de um atuar totalmente imparcial e desvinculado do conflito, e, das partes, o novo projeto prevê hipóteses em que o conciliador e o mediador poderão ser excluídos e impedidos do exercício da função bem como prevê em seu artigo 141 que tanto o conciliador como o mediador não poderão pelo lapso temporal de um ano auxiliar, assessorar, representar ou patrocinar qualquer uma das partes litigantes, numa clara demonstração de ética processual e compromisso com a administração da justiça que repercute diretamente sobre o princípio do acesso a justiça.

O projeto possibilita a exclusão dos mediadores e conciliadores dos quadros mantidos pelos tribunais inclusive quando esta for requerida por outro órgão jurisdicional, muito embora não haja previsão expressa de hipóteses em poderá ser pleiteada sua exclusão deve-se crer que o descumprimento, por exemplo, da imparcialidade, da confidencialidade ou mesmo a prática de atos que ponham em descrédito a moral e idoneidade dos mesmos, mostram-se como causas motivadores de tal afastamento; a possibilidade de um tribunal pleitear a exclusão do mediador ou conciliador do quadro de outro tribunal apenas vem ratificar o sistema de cooperação jurisdicional já mantido pelo Poder Judiciário; cabe salientar a redundância do artigo em questionamento ao referir em inciso apartado a possibilidade de exclusão dos quadros face a ruptura da neutralidade e confidencialidade, o que em verdade já estaria inserido no inciso primeiro que se mostra de grande amplitude; prevê também a possibilidade de exclusão quando atuar com dolo ou culpa na condução de sua função, o que repercutiria num atuar violador da boa-fé processual que não atinge apenas as partes litigantes mas a todos os sujeitos envolvidos no processo de composição, de forma que passaria também a responder por eventuais danos causados as partes em razão de sua conduta; por fim, refere o projeto que é causa de exclusão o fato de o mediador ou conciliador atuar na composição de conflitos quando em verdade estaria impedido de fazê-lo. Por analogia buscam-se as causas motivadoras do impedimento[21] expressamente previstas na legislação

[21] Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:
I - de que for parte;
II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

processual voltadas aos auxiliares de justiça, e, que são de natureza absoluta e que, portanto, viciam, maculam a obtenção do acordo, em verdade a sua pré-concepção acerca do conflito repercutiria negativamente sobre os princípios da neutralidade e imparcialidade.

A título de procedimento, apenas distingue os momentos em que se poderá informar tal impedimento, competindo primeiramente o próprio conciliador ou mediador que ao receber o processo teria condições de verificar seu impedimento surgindo o dever funcional de informar tal peculiaridade remetendo os autos ao juiz de direito para que seja sorteado outro auxiliar, ou; quando já em trâmite o procedimento conciliatório ou de mediação, hipótese em que os atos serão encerrados e o procedimento será suspenso, devendo ser elaborado relatório fundamentando o motivo da suspensão do procedimento sob pena de se estar apenas procrastinando o feito, visando novo sorteio para que novo conciliador ou mediador assuma o procedimento e de continuidade aos trabalhos.

No projeto do novo código de processo civil não há referência as hipóteses de suspeição, mas como não há nenhuma ressalva afirmando ser impossível sua declaração entende-se que a eles concede-se o mesmo direito que ao magistrado desde que fundamentadamente seja feita a recusa bem como as partes de oporem suspeição do conciliador ou do

---

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de cria impedimento do juiz.

Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:

I - ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135;

II - ao serventuário de justiça;

III - ao perito;

IV - ao intérprete.

mediador; até porque tanto quanto o impedimento, a suspeição vicia o procedimento pois rompe a imparcialidade_neutralidade exigida ainda que de natureza relativa.

Novidade, no entanto, é demonstrada pela declaração de impossibilidade temporária a qual deverá ser formalizada perante o tribunal, de modo que novos conflitos não sejam encaminhados àqueles que não possam atuar momentaneamente nos processos, seja por motivo de afastamento para viagem, por doença, motivo de foro íntimo, ou, outro motivo qualquer que justifique sua impossibilidade de exercer suas funções junto as partes litigantes sendo adequada a notificação ao tribunal buscando preservar a celeridade dos processos, pois caso contrário, inúmeros processos seriam encaminhados e permaneceriam paralisados face a impossibilidade de atuar dos conciliadores e mediadores impondo descrédito ao mecanismo ora positivado.

Não se trata de novidade mas o acordo firmado pelas partes será formalizado e firmado não apenas pelas partes acordantes mas também pelos conciliadores e mediadores o que se exige de qualquer acordo seja ele judicial ou extrajudicial; no entanto, por se tratar de conciliação e mediação firmadas em juizo refere o projeto a necessidade de homologação pelo juiz de direito, cujo ato conferirá ao acordo executividade; assumirá a natureza de título executivo judicial de forma que em não havendo o cumprimento do que ali se encontra firmado poderá a parte pleitear o seu cumprimento pelo procedimento executivo, indiferentemente da espécies de obrigação, se de fazer, não fazer, pagar ou entregar coisa certa ou incerta.

À guisa de uma conclusão, é preciso compreender que a inserção da conciliação e da mediação de forma expressa no projeto do novo código de processo civil veio conceder ao sistema processual um avanço a muito esperado no que se refere a efetividade do acesso a justiça, e, que em outros países há anos já vinha sendo implementada de forma eficaz na solução de conflitos; mas, que, no entanto, não será suficiente se não houver um trabalho de conscientização dos operadores do direito bem como da própria sociedade acerca da facilidade, das vantagens econômicas, sociais e emocionais de se promover a composição dos conflitos com base na manifestação de vontade das partes, de se extinguir o conflito por meio da conciliação ou da mediação.

Meios estão sendo oportunizados, há muito tempo inúmeras reformas do código de processo civil vêem sendo realizadas de modo a promover o acesso à justiça, não mais percebido apenas como meio alternativo extrajudicial de composição de conflitos mas também como meio instrumentalizador do próprio processo, enquanto instrumento eficaz de concretização da justiça, a neste contexto insere-se a conciliação e mediação judiciais. No entanto, ainda requerem maior introspecção voltada a sua aceitação e efetivação.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marilia. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso á Justiça*. Trad.Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça.* Rio de Janeiro: 2.ed. Forense, 2000.

JUNIOR, José Alcebíades. *A importância do Poder Judiciário para a democracia e seus atuais desafios*. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, ªI, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1999.

_____. Outras Formas de Dizer o Direito. In: Em nome do acordo. A mediação no direito. Org.Luiz Alberto Warat. Argentina: ALMED, s/d.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TUTELAS DE URGÊNCIA, INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO E ACCESO À JUSTIÇA[1]

Grunwald,Astried B[*]
Paranhos,Robson R[**]

RESUMEN:

Cuestiones relativas al acceso a la justicia, no actualmente restringen los mecanismos alternativos para la administración de justicia como la mediación y el arbitraje, o para acceder a los mecanismos a los órganos de judicantes a través de la concesión de asistencia letrada o creación de defensores públicos, hoy en día la mayor necesidad de discusión alrededor de este tema debería volver a la cuestión de Justicia, el tiempo y el proceso. El tiempo ha demostrado ser uno de los principales obstáculos al logro de la justicia y, por lo tanto, su acceso insiste en la reflexión acerca de las herramientas que puede dar el proceso, mientras que el suministro de la gira de instrumento para la elección individual antes de que el poder judicial, por lo que efectivamente alcanza su culminación en el lapso de tiempo más breve y eficaz, en este contexto surgen las responsabilidades de urgencia como herramientas para promover la eficacia del proceso, pero no sólo el acceso a la justicia mediante el fomento de la reducción del desgaste causado por tiempo, ineficiencias procesales.

---

[1] O presente artigo refere-se a primeira etapa da pesquisa Acesso à Justiça e Processo. A segunda etapa volta-se ao estudo das medidas de urgência em espécie, suas características, pontos de convergência e divergência.

[*] Advogada, Especialista em Direito do Trabalho, Especialista em Metodologia do Ensino Superior, Mestre em Processo Civil pela UNISINOS/RS, Doutoranda pela Universidad Del Museo Social da Argentina, Coordenadora e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Acesso a Justiça e Processo da Universidade Salgado de Oliveira, campus Salvador/Ba.

[**] Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, campus Salvador/Ba; Pesquisador do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça e Processo da Universidade Salgado de Oliveira, campus Salvador/Ba, membro da Secretaria de Segurança do Estado da Bahia.

RESUMO:

As questões referentes ao acesso à justiça não mais se restringem atualmente as mecanismos alternativos de administração da justiça como mediação e a arbitragem, ou aos mecanismos de acesso aos órgãos judicantes através da concessão da assistência judiciária gratuita ou criação de Defensorias Públicas, hoje a necessidade maior de discussão em torno de tal temática deve voltar-se a questão justiça, tempo e processo. O tempo tem se mostrado um dos grandes obstáculos a concretização da justiça e de seu acesso desta forma urge a reflexão acerca de instrumentos que possam conceder ao processo, enquanto instrumento posto a disposição do indivíduo para o pleito perante o Poder Judiciário, para que efetivamente chegue ao seu término no menor lapso temporal e de forma eficaz, neste contexto emergem as tutelas de urgência como instrumentos capazes de promoverem a efetividade não apenas do processo mas do próprio acesso à justiça promovendo a redução dos desgastes provocados pelo tempo, pela morosidade processual.

A partir do momento em que o Estado proibiu ao indivíduo o “fazer seu próprio direito" compondo seus conflitos de interesses, coube a este mesmo Estado a função e o compromisso de manter o equilíbrio das relações sociais compondo os conflitos delas decorrentes, e, que acabam por desestruturar, por romper a harmonia necessária para a vida em sociedade. Por mais que se afirme que o conflito de interesses pode ser percebido sob pontos de vista divergentes pois que de grandes conflitos, grandes evoluções tecnológicas e na área de saúde surgiram tem-se, por outra banda, clara a concepção de que o lado negativo do conflito que é o desequilíbrio social, a ruptura da paz também acaba por impedir o avanço desta mesma sociedade que em determinado momento acabou por evoluir face ao conflito.

Ao Estado coube não somente a função de ditar e aplicar as leis mas também de administrar a justiça, de aplicar a lei não somente contra o próprio cidadão, mas em prol deste numa afirmação e concretização da cidadania.

Não se questiona a legitimidade do Estado diante o ato de criar leis e aplicá-las na solução de conflitos, seu atuar vai além, conforme refere

Moraes[2] no texto constitucional "há uma garantia cidadã ao bem estar pela ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do indivíduo". Concede, por conseguinte, ao Poder Judiciário, a função jurisdicional de dizer o direito pacificando as relações sociais exercendo papel difusor da democracia e cidadania, como bem ressalta Teixeira[3]

> O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder eqüidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programática, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre e solidária.

Neste contexto, a justiça e seu acesso passam a ser o fundamento para a materialização da cidadania, representando não apenas um anseio da população no exercício de sua cidadania mas também a mais complexa temática no mundo jurídico face a incapacidade estrutural e material do Estado na composição dos conflitos, que acaba por conduzir a uma morosidade excessiva numa representação de sua própria inoperância, *a eficácia do direito depende da efetividade do poder, que é justamente o que não tem ocorrido no Brasil por causa da lentidão*[4]*";* é inquestionável a relação indissociável entre tempo, processo e justiça.

Há muito se tem discutido, não apenas no Brasil, mas no mundo todo, a respeito do acesso à justiça, a respeito de meios eficazes de

---

[2] Moraes, José Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.40.

[3] Teixeira, Sálvio Figueiredo. Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

[4] Alcebíades Junior, José. A importância do Poder Judiciário para a democracia e seus atuais desafios. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, v.I, 1999.

realização de justiça tais como os meios alternativos de acesso e administração da justiça e viabilização do acesso aos tribunais mediante concessão de assistência jurídica integral gratuita, numa demonstração clara de que há uma necessidade de se repensar a realização da justiça e o papel do Estado neste processo, a carta magna, assegura em seu texto a garantia constitucional do cidadão de levar ao Poder Judiciário sua pretensão vislumbrando uma decisão justa, ao afirmar em seu artigo 5º,XXXV que nenhuma ameaça ou lesão ao direito poderá ser excluía da apreciação do órgão jurisdicional.

No entanto, os desafios enfrentados atualmente pelo Poder Judiciário não restringem-se mais somente ao ingresso em juízo ou a criação de meios alternativos de concretização da justiça, a exemplo da arbitragem e da mediação, vão muito além, voltam-se ao próprio instrumento utilizado na obtenção e administração da justiça, o processo, *instrumento primordial da prestação da tutela jurisdicional*[5] . Seria insano manter pensamento reflexivo restrito as formas alternativas de acesso a justiça ou à concessão de assistência jurídica integral gratuita, pois o maior obstáculo enfrentado atualmente é a efetividade do processo, é a relação tempo,processo e efetividade.

Hoje se passou a perceber que o acesso à justiça requer uma análise crítica reflexiva que ultrapassa as discussões em torno de meios alternativos de composição de conflitos, mas volta-se aos meios, aos instrumentos que devem ser utilizados pelo Poder Judiciário para a efetivação da justiça e seu acesso, tais como os meios de informação necessários aos cidadãos quanto aos seus próprios direitos, institutos que viabilizem de forma eficaz a justiça, instrumentos que implementados na relação processual promovam de fato a celeridade e a efetividade do processo, o que demonstra um avanço dogmático, representando a real intenção de promover meios que possibilitem a composição de conflitos no menor lapso temporal possível evitando-se os desgastes decorrentes dos embates judiciais, não apenas econômicos mas também emocionais. Afinal de contas, não é suficiente ofertar novos mecanismos de acesso aos tribunais, não basta a criação de órgãos que possam atuar em favor dos

[5] CastagnaRicardo Alessandro.Tutela de urgência.Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

economicamente hiposuficientes, é preciso dinamizar o próprio processo através da criação de instrumentos que postos a disposição do cidadão passe a lhe conceder maior segurança quando ao atuar do Estado na solução de seu embate; até porque a morosidade não mais atinge apenas os hiposuficientes mas também àqueles que possuem condições econômicas mas que também não almejam ver suas contendas perpetuarem no Poder Judiciário, passando muitas vezes de geração a geração; como assevera Castagna[6] " a instrumentalidade do processo transcende as ligações deste instituto com o direito material, torna-se responsável pelo bem-estar das pessoas, mediante a eliminação de conflitos".

Desta forma mister que o ao processo sejam concedidos todos os instrumentos necessários para que atinja sua finalidade, para que o conflito de interesses seja de fato solucionado no menor lapso temporal possível de forma a restabelecer o equilíbrio e a paz social, então desestabilizados; neste contexto, inserem-se as tutelas de urgência como instrumentos de efetividade do acesso à justiça.

As tutelas de urgência surgiram com a principal finalidade de promover a celeridade processual, efetivar, por conseguinte, o acesso à justiça, pois nos dizeres de Theodoro Junior[7] "o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deteriorização, o desvio, a morte, a alienação".

O processo tem como característica a formalidade dos atos o que acaba por impor uma complexidade elevada e que por via de consequencia acaba por conduzir à morosidade. Não se questiona o fato de que o devido processo legal deve ser fielmente cumprido, até porque se trata de uma garantia constitucional concedida ao cidadão que repercute na isonomia dos sujeitos e consequentemente na própria imparcialidade do Poder Judiciário frente aos conflitos levados ao seu conhecimento. No entanto, a morosidade é inevitável, embora nem

---

[6] CastagnaRicardo Alessandro.Tutela de urgência.Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

[7] Theodoro Junior, Humberto. Processo cautelar.São Paulo: Leud,2009.

sempre em razão da formalidade e complexidade dos atos processuais; e, não raras vezes, acaba por acentuar a insatisfação dos indivíduso com a justiça, com o Poder Judiciário, pois quando enfim se chega a conclusão do processo com o proferimento da tutela jurisdicional, fatos ocorreram durante seu trâmite que tornaram totalmente inefetiva a providência concedida.

Como bem ressalta Bedaque[8] "quem procura a proteção estatal, ante a lesão ou ameaça a um interesse juridicamente assegurado no plano material, precisa de uma resposta tempestiva, apta a devolver-lhe, da forma mais ampla possível, a situação de vantagem a que faz jus." Para tanto instrumentos processuais como as tutelas de urgência, instrumentos em verdade nada recentes no sistema processual brasileiro, passaram a ser vislumbrados com maior interesse pelas partes e demais operadores do direito em razão da finalidade a que se destinavam e que são diferentes, prevenir e resguardar direitos de eventuais danos irreparáveis_ tutela cautelar; ou antecipar os efeitos do futuro provimento meritório pleiteado pela parte em sua exordial_ tutela antecipada; embora se tratem de medidas diferentes com efeitos diferentes pode-se afirmar que há um ponto em comum, ou seja, possuem o mesmo objetivo, qual seja, eliminar ou ao menos reduzir ao máximo possível os efeitos negativos do tempo sobre o processo.

Neste sentido Cruz e Tucci aponta três mecanismos essenciais para reduzir os malefícios que o tempo causa ao processo; primeiramente refere o autor os mecanismos endoprocessuais de repressão a chicana; os mecanismos voltados a aceleração do processo como instrumento da justiça e, por fim, os mecanismos jurisdicionais de controle externo da morosidade processual; estariam as tutelas de urgência inseridas no segundo mecanismo voltado a promoção da celeridade processual .Pontua , ainda o autor que:

> Partindo-se do pressuposto de que o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica de cognição sumária delineia-se de crucial

[8] Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158.

> importância para a idéia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.

As tutelas de urgência, dentro das quais inserem-se as medidas acautelatórias e a antecipação de tutela passam a servir ao processo como instrumento de sua realização em consonância com a garantia constitucional inserida a partir da Emenda de nr.45, a razoável duração do processo, pois como já outrora doutrinadores referiram justiça tardia é o mesmo que não justiça.

Acerca das modalidades de tutelas de urgência, refere Dinamarco[9] que acima das diferenças conceituais encontra-se a finalidade, a utilidade daquelas para o processo e sua efetividade, neste sentido afirma que:

> Apesar das diferenças conceituais relacionadas com a destinação de umas e outras, as antecipações de tutela e as medidas cautelares têm um fortíssimo elemento comum de agregação, que induz a integrá-las numa categoria só – a saber, na categoria das medidas de urgência. No estágio atual do pensamento processualístico, que se endereça a resultados sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e nas antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos que é o tempo. Daí legitimar-se o destaque à categoria medidas de urgência, pondo em plano inferior as distinções entre as duas espécies.

As tutelas de urgência, compreendendo-se como urgência a situação apta a "gerar dano irreparável ou de difícil reparação, a tutela, que geralmente está embasada no princípio da segurança jurídica_ devido processo legal, muda de rumo, passando a procurar, mais que a segurança, a efetividade da jurisdição, a razão de ser do próprio Poder Judiciário[10]" acabam servindo não apenas de instrumentos de eficácia do

---

9 Dinamarco,Candido Rangel.Instituições de direito processual civil. v.I. 6.ed.São Paulo: Malheiros, 2006,p.167.

10 Alves, Eliana Calmon. Tutelas de urgência. Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília,STF, v.11. n.2. p.159-168, jul./dez. 1999.

processo, mas, vão além, pois que acima de tudo servem de instrumento de efetividade do acesso à justiça através da imposição de uma maior celeridade ao processo bem como maior segurança no sentido de que ao final se terá uma efetividade do provimento, segurança obtida ou por assegurar a efetividade do processo através de medidas provisórias promovidas diante da necessidade imediata de uma atuação do Judiciário, que é o caso das cautelares e que não possuem por fim conceder o direito material pleiteado, mas sim assessorar o processo principal atuando de forma indireta na concessão do direito almejado pela parte ou por antecipar parte do provimento final almejado pela parte, que é o caso de antecipação de tutela.

Bibliografia

ALVES, Eliana Calmon. Tutelas de urgência. Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília,STF, v Moraes, Jose Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ALCEBÍADES JUNIOR, José. A importância do Poder Judiciário para a democracia e seus atuais desafios. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, v.I, 1999.

ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coordenador .Rogério Lauria Cruz e Tucci.. São Paulo: Revista dos Tribunais,1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAMIGO, Rita Inês Hofer. Cidadania: considerações e possibilidades. Porto Alegre: Dacasa, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; Bryant,Garth. Acesso à justiça. Trad.Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTAGNA,Ricardo Alessandro.Tutela de urgência.Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

CORREA, Darcísio. Justiça e Direito. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n.9/10,1998.

DINAMACO,Candido Rangel.Instituições de direito processual civil. v.I. 6.ed.São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Jose Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo cautelar.São Paulo: Leud,2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Derecho
Procesal Constitucional

EL JUEZ DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Manuel Real*

RESUMEN:

El autor hace un breve análisis sobre las garantías jurisdiccionales establecidas en la actual Constitución de la República, así como de las actuaciones judiciales y la normativa que lo regula.

ABSTRACT:

The author makes a brief analysis on jurisdictional guarantees laid down in the current Constitution, as well as judicial proceedings and the regulations.

PALABRAS CLAVES:

Constitución de la República; Garantías Jurisdiccionales; Acción Judicial; Juez Constitucional; Acciones Constitucionales.

KEY WORDS:

Constitution of the Republic; Jurisdictional Guarantees; Constitucional Judge; Constitutional actions.

En todos los ordenamientos modernos se encuentran el reconocimiento constitucional de los derechos, los mismos que son elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica. Que dependen siempre de la eficacia de sus mecanismos de protección.

En nuestro país la actual constitución amplia y fortalece el complejo entramado de garantías de los derechos, aumentando sus instrumentos

* Abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador.

de defensa, y desarrollando el contenido de las garantías existentes en la anterior constitución. Se puede considerar la actual constitución como un texto claramente garantizador, debido a la cantidad de mecanismos e instituciones que se destinan a la protección de los derechos y libertades.

En la constitución no establece una gradación respecto a la protección de los derechos y libertades. Todos los derechos gozan de protección jurídica reforzada que se logra a través de garantías normativas o jurisdiccionales.

La constitución de Montecristi representa un modelo ejemplar en la extensión de los mecanismos de protección de los derechos. Los derecho valen en la medida en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que el ciudadano que se sienta afectado active los mecanismos de tutela; pidiendo que su derecho vulnerado sea reparado.

Se puede distinguir entre las acciones ordinarias y especiales, por el procedimiento que se ventila, unas en la justicia ordinaria y las extraordinarias que se ventilan en la Corte Constitucional. Es decir que se ha desdoblado orgánicamente la protección de los derechos fundamentales, en primer orden el poder judicial como defensa ordinaria y como defensa extraordinaria y subsidiaria a la Corte Constitucional.

La actual constitución activa los mecanismos tanto cuando se ha vulnerado un derecho como cuando se lo intenta, es decir una acción preventiva e incluso existen medidas cautelares para no permitir la consumación o detener la violación de un derecho.

En el artículo 86 de la actual Constitución expresa

"Las garantías jurisdiccionales se regirá en general por las siguientes disposiciones"

2.- serán competente la jueza o juez del lugar en que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento

a) el procedimiento será sencillo rápido y eficaz.
Será oral en todas sus fases e instancias.

Que concuerda con lo que expresa el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional En el sistema jurídico de nuestro país todos los jueces de primera instancia son los competentes para sustanciar las demandas de Garantías Jurisdiccionales.

En teoría las acciones que plantee el ciudadano que se sienta que sus derechos que están siendo vulnerados o pretendan ser violados deben ser restituidas por un juez de primera instancia competente; debería ser de forma rápida expedita y sin dilación alguna, más resulta que nos encontramos con un sistema de justicia colapsado debido al número exagerado de causas que debe despachar un juez de cualquier especialidad, sea de lo civil, penal, transito, de la mujer niñez y adolescencia, etc., más en la práctica no es posible si las causa ordinarias en las cuales son competentes los jueces tienen mora en el despacho, si le agregamos que son competentes para sustanciar las acciones de protección, la acción de habeas data, acceso a la información, habeas corpus cuando se han violentado o pretendan violentar, todo esto nos lleva a meditar que si el juez constitucional, se encuentra capacitado para poder resolver cada una de las acciones mencionadas.

Lamentablemente existe una gran deficiencia en cuanto a la formación académica de los jueces, debido a que su formación está enfocada al derecho privado, la constitución de 1998 como la actual cambia total mente en el aspecto de garantías constitucionales, lo que exige una mayor especialización tanto de los jueces como de los abogados en libre ejercicio profesional. cabe mencionar que la universidad ecuatoriana recién se encuentra los pos grado de derecho constitucional, con lo cual se está actualizando al profesional del derecho como también a los funcionarios judiciales.

Analizando brevemente lo expuesto, no se cumple con lo que expresa la actual constitución con respecto a lo sencillo rápido e eficaz debido al exceso de trabajo que tienen los jueces y en cierto casos la poca preparación académica para poder resolver este tipo de casos.

Debido a lo expresado con anterioridad se debería reformar el CODIGO ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, para que sean jueces especiales los competentes en juzgar las violaciones a los derechos expresados en la constitución dando mayor celeridad a las demandas

presentadas por la ciudadanía que se vería beneficiada con estas nuevas judicaturas.

El juez constitucional tiene que ser consciente de la responsabilidad que asume, con una sólida formación jurídica y práctica en el ámbito del derecho público y en interpretación constitucional, una conducta responsable y ajustada a principios éticos, además de una adecuada experiencia jurídica y un estatuto jurídico que garantice su independencia funcional, su imparcialidad y su probidad. Así, se puede garantizar como asimismo, verificar, con mayor o menor precisión los elementos que favorecen el desarrollo de jueces independientes e imparciales, probos, responsables, con formación jurídica sólida y adecuada experiencia, a través del estatuto jurídico que determina y regula al juez constitucional.

También se debería crear salas especializadas en materia constitucional en las Cortes Provinciales de Justicia; debido a que son las que sustenten las causas apeladas, es públicamente conocido lo congestionadas que se encuentran los despachos de los jueces de las distintas salas de las Cortes Provinciales, además adicionarles más trabajo con las apelaciones de las acciones. Sería recomendable crear salas de especialización en materia constitucional, para una mayor celeridad de las causas.

Derecho Romano

EFECTOS JURÍDICOS DE LA COMUNICACIÓN EMPRESA-CLIENTE EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Guillermo Suárez Blázquez*

RESUMEN:

Este artículo tiene por objeto demostrar que la comunicación verbal y escrita de los terceros –clientes y proveedores - con las empresas en la Roma clásica producía efectos jurídicos de diversa índole.

ABSTRACT:

This article aims to demonstrate that verbal and written communication of the third - customers and suppliers - with classical Rome companies produced legal effects of various kinds.

PALABRAS CLAVES:

Empresario; Cliente; Responsabilidad civil y criminal; Comercio de Compañía de Responsabilidad limitada; Comunicación oral y verbal.

KEY WORDS:

Entrepreneur; Client; Civil and criminal liability; Limited liability company Trade; Verbal and oral communication.

SUMARIO:

A. Introducción. 1. Comunicación de la empresa de responsabilidad ilimitada con sus clientes. 2. Comunicación del cliente con la empresa de responsabilidad limitada.

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo. gsuarez@uvigo.es

A. Introducción.

Desde finales de la República, los pretores tutelaron mediante sus Edictos la comunicación verbal y escrita que tenía por objeto el desarrollo de los contratos y de los negocios en el tráfico mercantil del imperio. Los clientes tenían que investigar y recabar numerosos datos en las relaciones de comercio: status del directivo contratante, a nombre de quién se obliga o se realizaba el contrato–empresario dueño, peculio –legitimidad del nombramiento del directivo o del factor de comercio– etc. *La comunicación empresa–cliente fue una institución jurídica que ayudó a fijar el alcance de la responsabilidad civil*. La jurisprudencia clásica prestó especial atención a los fraudes de empresarios y directivos que comunicaban datos falsos a los clientes[1], y advirtió que muchos contratos y negocios quedaban fuera del alcance de la responsabilidad de los empresarios–dueños: non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum, qui preposuit,[2] (no todo lo que se haya negociado con el factor de comercio obliga al que lo nombró). Por ello debemos distinguir:

1) Comunicación de la empresa de responsabilidad ilimitada[3] con sus clientes. La empresa de responsabilidad ilimitada es aquella en la que el emprendedor responde con todos sus bienes – patrimonio privado y patrimonio aportado a la empresa– de las insolvencias y de las deudas frente a sus clientes. Los pretores y la jurisprudencia otorgaron eficacia jurídica a la praepositio como mecanismo jurídico regulador de las competencias que otorgaba la empresa a su directivo en sus relaciones con el cliente. El empresario–dueño encomendaba en su nombre competencias específicas y detalladas a sus directivos, artífices, comerciales o factores de comercio.[4] Cada miembro de la empresa tenía que cumplir exclusivamente la función o funciones comerciales y mercantiles asignadas en sus relaciones

---

[1] D. 14, 1, 1, 5. D. 14, 3, 2 -12.

[2] D. 14, 3, 5, 11

[3] SERRAO F, "*IMPRESA E RESPONSABILITÀ A ROMA NELL´ETÀ COMMERCIALE"*, Pacini Editore, p. 24 – 27. SUAREZ BLAZQUEZ G, "*Dirección y Administración de empresas en Roma"*, U. Vigo, Ourense, 2001, p. 85 s CERAMI P. ALDO PETRUCCI, "*Lezioni di diritto commerciale romano"*, Giappichelli Editore, Torino, 2002 p.41 ss.

[4] D. 14, 1, 1, 7: "SED EIUS REI NOMINE, CUIUS IBI PRAEPOSITUS FUERIT".

con los clientes. No podían llegar a acuerdos o realizar contratos que excediesen del campo de competencias autorizado por el dueño. En el supuesto de vulneración de éste principio, el empresario–dueño no era responsable civil de los contratos y de los negocios realizados por su directivo o factor comercial. En este marco jurídico, se comprende que la comunicación verbal y escrita de la empresa y sus equipos humanos con los clientes fuera decisiva para ambas partes, pues de ella nacían efectos jurídicos fundamentales: el nombre del empresario dueño que se obliga por los contratos, la imputación y el alcance de la responsabilidad civil y penal, la responsabilidad objetiva, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, etc. ULPIANO confirma el vigor de las tesis propuestas en la empresa terrestre y en la empresa marítima de su tiempo.

a. En relación a la primera, el jurista manifiesta que "non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum, qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est DUNTAXAT AD ID, QUOD EUM PRAEPOSUIT"[5], (pero no todo lo que se trata con el factor de comercio, obliga al empresario que lo puso al frente, sino de este modo, sólo en el límite de las competencias autorizadas para las que fue puesto al frente).

b. De la misma forma, en relación a las empresa marítimas, el jurista nos informa de la validez del principio:"IGITUR PRAEPOSITIO CERTAM LEGEM DAT CONTRAHENTIBUS; quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, non tenebitur exercitor, si magíster locaverit; vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum; aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra modus egressum non obligabit exercitorem"[6], (así pues, el nombramiento al frente de la empresa da una ley cierta a los contratantes, por lo cual si el armador puso al frente al capitán , para esto solo, para que cobre

[5] D. 14, 3, 5, 11

[6] D. 14, 1, 1, 12

los fletes, no para que dé en arrendamiento el buque, si acaso aquél ya lo había arrendado, no quedará obligado el armador; o si el armador sólo permitió el arriendo del buque pero no permitió el cobro, se habrá de decir lo mismo; o si para que arriende a los viajeros las plazas del pasaje, pero no para que lo arriende para el transporte de mercancías),

En ambos supuestos, la comunicación verbal directivo - cliente era importantísima porque intentaba determinar la licitud del negocio y garantizar la seguridad jurídica y la buena fe de los contratos y de los negocios realizados. El cliente debía preguntar siempre al directivo su condición, qué nombramiento empresarial le legitimaba, si estaba autorizado para llevar a cabo el negocio o el contrato que deseaba realizar y si se comprendía en el marco de sus competencias. El cliente debía averiguar si el negocio se realizaba con la autorización del padre o el dueño, (GAYO Inst.4, 74). El directivo, o el factor comercial de la empresa tenían que informar verbalmente de estos extremos y de todas aquellas cuestiones y detalles que les solicitasen sus clientes. Esta comunicación verbal entre las partes debía estar dominada por la buena fe. Los tratos y las deliberaciones debían ser tranquilos, pacientes, limpios y claros. De ellos dependían multitud de efectos jurídicos que el derecho romano amparaba, tutelaba e imputaba a las partes: empresas y clientes.

c. El jurista ULPIANO nos informa que uno de los motivos principales por lo que el Pretor creó el Edicto de la Acción Exercitoria fue la frecuente imposibilidad material de realizar una comunicación verbal tranquila y fluida, por razones del lugar o del tiempo, entre los directivos del buque y sus clientes. Los clientes de las empresas marítimas, subyugados por la necesidad urgente de navegar –propter navigandi neccesitatem-, no gozaban del tiempo suficiente para deliberar con el armador o el capitán del buque. No había tranquilidad para obtener información sobre la condición del directivo de la empresa. En otras ocasiones, el lugar o el tiempo no permitían a los clientes obtener una información clara y veraz sobre cuántas y cuáles eran el número de competencias de las que gozaba autorización el directivo: “utilitatem huius Edicti patere, nemo est, qui ignoret; nam quum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus,

> aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negocio praeposuit; quum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam institore, quippe res patitur, ut de condicione quis institoris discipiat, et sic contahat, in navis magistro non ita, nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium"[7], (no hay nadie que ignore la utilidad de este Edicto; porque a veces, por la necesidad de navegar contratamos con los capitanes de los buques, ignorando de qué condición ó quiénes sean, fue justo que el que nombró capitán para el buque se obligara, como se obliga al que puso al frente de un local comercial, o de un negocio, pues el caso permite que cualquier cliente se informe de la condición del factor de comercio, y de este modo contrate, pero no así respecto del capitán del buque, porque a veces el lugar y el tiempo no permiten deliberar plenamente).

En numerosas ocasiones, los buques estaban compuestos por capitanes y marineros de otras naciones. Los clientes, ciudadanos romanos y gentes de los territorios y provincias del imperio, debían conocer la nacionalidad, la condición y las competencias comerciales de los directivos de los buques con los que contrataban. Además los terceros debían saber a nombre de quién –empresario dueño- o quiénes –sociedad dueña- se ejercían esas competencias. El cliente necesitaba seguridad jurídica –Iuris Gentium -en el marco del comercio marítimo internacional. Por razones de equidad, de buena fe y de seguridad en la contratación, el cliente debía conocer contra quién debía litigar, a quién exigir responsabilidad y cómo exigirla. En esta dirección GAYO advertía que: "ne in pluses adversarios distringatur qui cum uno contraxerit"[8], el cliente no se debía ver embarazado contra muchos adversarios si con uno solo hubiere contratado. ULPIANO precisa que si el cliente hubiera contratado con cualquiera de los marineros que forman la tripulación del buque, se le denegará la acción judicial contra el armador. Si se trata de la imputación de un delito, el jurista precisa que el armador responde por los delitos de su tripulación, pero no responde por los negocios realizados con la clientela si falta su nombramiento o autorización, porque

[7] D. 14, 1, 1

[8] D. 14, 1, 2

"una es la causa de contratar, y otra la de delinquir, puesto quién nombra capitán de buque permite que se contrate con él, y el que emplea a los marineros no permite que se contrate con ellos, pero debe cuidar de que estén exentos de dolo y culpa"[9]. La comunicación y la deliberación de las empresas y los clientes eran los medios necesarios para que se lograsen estos objetivos, que al decir de ULPIANO fueron de interés general para la República.

En relación a la condición del directivo o factor comercial de la empresa terrestre con el que se contrata ULPIANO dice que "poco importa quién sea factor de comercio, si un varón o una mujer, un hombre libre o un esclavo, propio o ajeno. Pero si aún hubiere sido nombrada una hija de familia o una esclava, compete la Acción Institoria"[10]. Ello significa que los clientes interrogan a los institores sobre cuál era su condición. Además, el cliente preguntaba quién era el dueño de la empresa o dueños que les habían nombrado y puesto al frente de los negocios de aquélla: "así pues, para cualquier negocio que haya sido nombrado, con razón se le llamará Institor"[11], "se llamó Institor, por esto, porque insta gestionando un negocio, y no importa, mucho que haya sido nombrado para un local de negocio, o para cualquier otra negociación".[12] La comunicación trataba de verificar la existencia de la praepositio, su verdadera condición -conditio praepositionis-[13] y el alcance (materia, ámbito, número de competencias y territorio) –duntaxat ad id, quod eum praeposuit-.[14] La razón de ello es que los empresarios no engañen mediante testaferros, personas intermediarias y factores de comercio incompetentes a los clientes contratantes. En este dirección ULPIANO afirmaba que "se ha de observar la condición del nombramiento; porque ¿qué se dirá, si quiso que se contratara con él de cierto modo, o con la intervención de una persona, o mediante prenda, o sobre determinado asunto? Igualmente si el empresario tuvo muchos factores de comercio y quiso que se contratara o con todos al mismo

[9] D. 14, 1, 1, 2.

[10] D. 14, 3, 7, 1

[11] D. 14, 3, 5

[12] D. 14, 3, , 3

[13] D. 14, 3, 11, 5

[14] D. 14, 3, 5, 11

tiempo o con uno solo; pero si el empresario dueño denunció a alguno de sus factores comerciales para que no contratara con el cliente, tampoco deberá quedar obligado con la Acción Institoria, porque los empresarios dueños pueden prohibir que contrate cierta persona, o cierta clase de hombres, o de negociantes, o permitirlo a ciertos hombres. Pero si el empresario dueño cambia continuamente la prohibición de que se contrate con alguno de sus factores de comercio, a todos los clientes se les debe dar acción, porque no deben ser engañados los contratantes".[15]

Los interrogatorios sobre la condición se realizaban también en los tratos de los clientes con los directivos de los buques y los armadores: "pero nada importa de qué condición sea este capitán del buque, si libre ó esclavo, o acaso del armador o de un tercero; pero tampoco importará de qué edad sea, debiéndoselo imputar todo a quién lo nombró"[16]. Los capitanes de los buques debían comunicar al cliente quién –armador capitán de buque- o quiénes –sociedad de armadores- les habían nombrado, y la condición de su praepositio, es decir, competencias, ámbito y alcance por razón de materia y del territorio: "pero si fue nombrado para que dé el buque en arrendamiento para determinadas mercancías, por ejemplo, para transportar legumbres, o cáñamo, y el capitán del buque arrendó para mármoles u otra materia, igualmente se habrá de decir que el armador no queda obligado. Porque ciertas naves son para mercancías, y ciertas otras, como dicen los armadores para pasajeros, y algunos ordenan que se negocie en cierta región o en cierto mar"[17]. Los clientes debían tratar e informarse convenientemente, pues podían ser defraudados con facilidad. Si los capitanes de buques se exceden de sus atribuciones no obligan a los empresarios-dueños de las empresas marítimas, es decir, a los armadores: "vel contra, modum egressus non obligabit exercitorem".[18]

d. La comunicación de la empresa con el cliente se realizaba también mediante carteles y rótulos escritos. El dueño de la

---

[15] D. 14, 3, 11, 5

[16] D. 14, 1, 1, 3

[17] D. 14, 1, 1, 12. D. 14, 1, 1, 13: "Si plures sunt magistri non divisis officiis, quodcunque cum uno gestum erit, obligavit exercitorem; si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitorem".

[18] D. 14, 1, 1, 12

empresa podía fijar carteles de modo permanente en los lugares visibles donde se realizaban los contratos y los negocios. Los carteles escritos podían anunciar el nombre del factor de comercio, su condición y las competencias que tenía atribuidas –praepositio-. En otras ocasiones, el dueño de la empresa podía prohibir a) la contratación con alguno de sus factores de comercio, b) o bien, podía prohibir el ejercicio de alguna competencia, c) la realización de algún contrato d) prohibición de comprar, prohibición de vender, etc.-. e) la prohibición de negociar en un campo o con un género o mercancía. *Los carteles eran un medio jurídico de comunicación permanente escrita entre las empresas de Roma y sus clientes*. Esta comunicación escrita estaba regulada por el derecho pretorio y jurisprudencial porque producía efectos jurídicos entre los agentes implicados en el comercio. En este sentido, ULPIANO certifica que la comunicación escrita y permanente de la empresa con el cliente es creadora de efectos jurídicos para las partes:

i. De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur; non enim permittendum erit cum institore contrahere[19] (aquel respecto del cual se hubiese prohibido públicamente que con él se contrate, no se le tiene por nombrado –por el empresario dueño- como directivo de comercio).

ii. Sed si quis nolit contrahi, prohibeat[20] (pero si alguno.- empresario dueño –no quiere que contrate – factor de comercio- prohíbalo). El jurista ordena al empresario dueño que exteriorice su voluntad y comunique de modo permanente esta prohibición a la clientela.

iii. Ceterum qui preaposuit tenebitur ipsa praepositione[21] (de otro modo, el empresario que lo nombró se obligará – por derecho pretorio – por el nombramiento – al frente de su empresa, negocio etc.-.

[19] **D. 14, 3, 11, 2**
[20] **D. 14, 3, 11, 2**
[21] **D. 14, 3, 11, 2**

iv. La comunicación escrita del empresario con el cliente debe ser constante, perpetua. Este requisito se dirige a evitar que el empresario realice fraudes o engaños en la contratación con la clientela: proscriptum autem perpetuo esse oportet.[22]

v. A veces los rótulos se borran o deterioran por causas no imputables a la empresa. Si el rótulo fijado de modo permanente se hubiese borrado por el paso del tiempo, por efecto de la lluvia o de otras condiciones climáticas, o bien porque alguien lo quitó o por cualquier otra causa semejante, el empresario dueño y sus directivos quedan obligados civilmente por la Actio Institoria.[23]

vi. Si el empresario dueño o sus directivos, factores comerciales, retiran o esconden de modo ocasional los rótulos para realizar negocios con los clientes, responden por dolo y fraude, sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius propnendi nocere debet, nisi particeps doli fuerit, qui contraxit.[24]

vii. En relación al lugar donde ha de situarse la comunicación escrita y a las formas que deben exigirse para que los carteles y rótulos comerciales del empresario produzcan efectos jurídicos con los clientes, ULPIANO manifiesta: proscribere palam sic accipimus: claris literas, unde de plano recte lege possit, ante tabernam, vel ante eum locum, in quo negocio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti[25], (prohibir públicamente lo entendemos de este modo: rótulos claros, que se puedan leer bien de corrido, por supuesto, delante del local donde se explote el negocio, no en un lugar escondido, sino bien visible.). En relación al idioma de los rótulos, el jurista nos dice que el empresario debe utilizar el latín, el griego, o bien el idioma del lugar donde se ejerza el negocio o la

[22] D. 14, 3, 11, 4

[23] D. 14, 3, 11, 4

[24] D. 14, 3, 11, 4

[25] D. 14, 3, 11, 3

actividad de empresa: literas utrum graecis, an latinis? Puto secundum loci conditionem, ne quis causari possit ignorantiam literarum[26], (¿pero con escritura griega o latina? Opino, que conforme a las condiciones de cada lugar, para que nadie pueda excusarse en la ignorancia de la escritura).

2) Comunicación del cliente con la empresa de responsabilidad limitada.[27]

a. La empresa de responsabilidad limitada - terrestre y marítima[28] - es creada por el emprendedor – dueño para separar el patrimonio privado del patrimonio que pone en el riesgo de los negocio. En Roma, este tipo de empresas son constituidas mediante hijos y esclavos fornidos de un peculio empresarial, predispuestos a la negociación con terceros -peculiarem exercere-[29]. Desde finales de la República, los pretores y la jurisprudencia prestaron especial atención a la comunicación de los directivos y de los factores comerciales de este tipo de empresas con la clientela. Los clientes debían conocer si se enfrentaban en la negociación a un directivo sujeto a potestad[30], gestor y libre administrador de un peculio empresarial,[31] -filius familiae, filia familiae, servus ordinario, servus vicario, servus vicario de vicario- o bien si aquél negociaba en nombre –praerepositio- de un empresario dueño. El directivo – hijo de familia, hija de familia, siervo, sierva - estaban obligados a comunicar al cliente su condición al frente de la empresa y si el contrato se realizaba sin conocimiento del

---

26 D. 14, 3, 11, 3

27 SERRAO F. cit. p. 27 – 35. SUAREZ BLÁZQUEZ G. cit. p. 42 -84. CERAMI P., PETRUCCI A., cit. p. 61

28 D. 14, 1, 1, 22: "Si tamen servus peculiaris volente filiofamilias, in cuius peculio erat, vel servo vicarius navem exercuit, pater dominusve, qui voluntate non accommodavit, duntaxat de peculio tenebitur".

29 D. 14, 6, 7, 11. Este fragmento jurídico recoge un comentario de Ulpiano a un texto de Juliano sobre la aplicación del Senadoconsulto Macedoniano en las empresas de responsabilidad limitada e ilimitada: " si ipse pater eum praepossuisset merci suae, vel peculirem exercere".

30 D. 15, 1, 1, 2. D. 15, 1, 3

31 D. 15, 1, 46

padre o del dueño en el nombre del peculio empresarial. – in nomen peculiaris -.[32] ULPIANO dedica varios comentarios al Edicto del Pretor en materia de peculio a precisar la condición de quiénes pueden administrar peculios empresariales.: " y no se ha de atender mas al dominio de los esclavos, que a la facultad de tenerlos; porque no seremos demandados solamente en nombre de los esclavos propios, sino también en el de los comunes, y también en el de aquellos que de buena fe nos prestan servidumbre"[33], " mas poco importa que el esclavo lo hubiere sido de un varón o de una mujer; porque también la mujer será demandada con la Acción de Peculio"[34].Esta comunicación tenía un efecto jurídico de capital importancia: la limitación de la responsabilidad civil patrimonial de la empresa peculiar. En el supuesto de insolvencia, el cliente no puede exigir al dueño de la empresa que responda con su patrimonio privado. Éste solo responde con el patrimonio de la empresa peculiar – duntaxat de peculio -.[35]

b. El directivo de la empresa peculiar debe comunicar obligatoriamente al cliente que negocia con el conocimiento del padre o del dueño en nombre de la mercancía peculiar. Mediante esta comunicación verbal, el directivo hace conocer al cliente que está limitando la responsabilidad de la empresa a la mercancía con la que se negocia en nombre del peculio y a los beneficios obtenidos con la negociación de aquélla.. El peculio se presentaba como un ente jurídico autónomo que transformaba la naturaleza de las relaciones jurídicas que se le imputaban en su nombre por el directivo en el ejercicio de los negocios. Al decir de PAULO, el dueño capitalista debe ser propietario de la mercancía: "ut tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat".[36] El dueño – empresa, sociedad – entrega la mercancía al órgano o directivo comercial sujeto a potestad para que la compute como

[32] GAYO, Inst. 4, 72 - 74

[33] D. 15, 1, 1, 6

[34] D. 15, 1, 3, 2

[35] GAYO, Inst. 4, 72 – 74. D. 14, 4, 12

[36] D. 14, 4, 2

patrimonio del peculio empresarial y para que se negocie. La conversión de la mercancía en mercancía peculiar obliga al directivo del peculio a comunicar a los clientes que negocian en el nombre de la mercancía peculiar: <"Mercis Nomine" meritto adiicitur, ne omnis negotiatio cum eo facta tributoriam inducat>[37], (con razón el directivo comunica en el "*Nombre de la Mercancía*" para que toda la negociación hecha con él no origine la Acción Tributoria). La razón de esta comunicación directivo – cliente es explicada por ULPIANO: "se manda que por esta acción se contribuya con lo que se recibió por virtud de esta mercancía, y en su nombre"[38]. Del mismo modo, el directivo de la empresa peculiar vicaria está obligado a comunicar al cliente que negocia en el nombre de la mercancía peculiar.[39] La comunicación y los tratos verbales de los negocios realizados por el directivo en el nombre de la mercancía peculiar generan consecuencias en las relaciones jurídicas. La mercancía peculiar y las plusvalías generadas por la negociación de ésta –plusvalías merx peculiaris – son acreedoras o deudoras de terceros. Los terceros son acreedores y deudores de la mercancía peculiar y sus plusvalías. En las relaciones comerciales los clientes asumían que el peculio era un ente jurídico autónomo empresarial que vivía como una persona unido al órgano directivo sujeto a potestad.[40] La comunicación del directivo hacía asumir al cliente que cuando negociaba en el nombre de la mercancía peculiar lo hacía con una mercancía que había sido nutrida jurídicamente por ese ente jurídico – con conocimiento del dueño -, que se había otorgado una nueva naturaleza jurídica a la mercancía, que pasa de ser merx a ser merx peculiaris, y a sus plusvalías[41] y que se producía una limitación de la responsabilidad civil patrimonial del empresario dueño –par condicio creditorum– frente a él.,[42]: "mas

[37] D. 14, 4, 5, 4

[38] D. 14, 4, 5, 5

[39] D. 14, 4, 5, 1

[40] D.15, 1, 1, 2. D. 15, 1, 1, 3. D. 15, 1, 1, 4.

[41] D. 14, 4, 5, 19

[42] GAYO, Inst. 4, 72. SERRAO F. cit. p. 26 – 27. CERAMI P., PETRUCCI A., cit. p. 61 ss. SUAREZ BLÁZQUEZ G., "*El peculio, ente jurídico autónomo matriz de la responsabilidad*

> no todo el peculio viene obligado a la contribución, sino solamente lo que hay por virtud de aquella mercancía, ya existan las mercancías, ya se haya recibido o invertido en el peculio el precio de ellas".[43]

patrimonial del empresario – dueño y los acreedores sobre la merx peculiaris", *Revista VLEX*- Núm. 81, Junio 2010.

[43] GAYO, Inst. 4, 72. D. 14, 4, 5, 11

EL PECULIO, ENTE JURÍDICO AUTÓNOMO MATRIZ DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL EMPRESARIO – DUEÑO Y LOS ACREEDORES SOBRE LA "MERX PECULIARIS"

Guillermo Suárez Blázquez*

RESUMEN:

"El peculio como ente empresarial jurídico autónomo. En este artículo consideramos las condiciones jurídicas y económicas para que la mercancía adquiera intereses comerciales en el peculio y frente a terceros".

ABSTRACT:

"Peculium is a business management entity law. We have to consider the conditions under which a merces peculiares acquired commercial vest in the peculium".

PALABRAS CLAVES:

Mercancía, Peculio, Negocio, Empresas, Derecho Romano.

KEY WORDS:

Merx, Peculium, Business, Management, Roman Law.

SUMARIO:

I. Introducción. II. El Peculio: ente jurídico autónomo matriz de la Merx Peculiaris

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo. gsuarez@uvigo.es

I. Introducción.

El objeto de este trabajo es hacer una breve reflexión de la posición privilegiada que ocupa el padre de familia o el dueño en el *concurso mercantil de acreedores* sobre la llamada *mercancía peculiar* en la etapa clásica de la vida de Roma. En los tres primeros siglos d. C., si el padre de familia y el dueño entregaban a su directivo esclavo una mercancía, para que con su conocimiento, fuese negociada en el nombre del peculio- "in peculiari merce sciente patre dominove negotietur" (GAYO Inst. 4, 72) – respondían limitadamente frente a terceros en el supuesto de quiebra. La entrega de la mercancía o del dinero para la adquisición de ésta, realizada a través del peculio, producía un *cambio en la calificación jurídica* de la mercancía o del dinero .La mercancía –merx- es entregada al peculio y fruto de la adquisición por el peculio, la mercancía adquiere la condición jurídica de "*mercancía peculiar*" –merx peculiaris-. El ingreso de la mercancía en el universo peculiar crea privilegios para el dueño – inversor capitalista de la empresa- , produce nuevos efectos jurídicos en las relaciones comerciales que las empresas peculiares desarrollan con los clientes y fija la posición y la medida de responsabilidad civil patrimonial del dueño frente a los clientes:

- En el supuesto de quiebra, el dueño de la mercancía peculiar tiene el privilegio de participar como un acreedor extraño junto a los demás acreedores en el procedimiento concursal. [1]

- El dueño de la mercancía peculiar, merx peculiaris, tiene el privilegio de dirigir el concurso de acreedores.

- El dueño de la mercancía peculiar tiene derecho a cobrar y pagarse con la mercancía peculiar: "proinde si sibi ex ea merce solvi fecit".[2]

- El alcance de la responsabilidad patrimonial es limitado: "duntaxat merces peculiares".[3]

---

[1] D. 14, 4, 1

[2] D. 14 4, 7, 2

[3] D. 14, 4, 5, 11

En primer lugar, nos preguntamos la causa que movió a los pretores a la concesión jurídica de tales privilegios.[4] En segundo lugar, ¿cómo es posible que el dueño de la mercancía se presente en el concurso de acreedores como un acreedor extraño a la mercancía peculiar y a los beneficios generados mediante ella?

Como punto de partida, el Pretor y los juristas clásicos exigían dos requisitos para que pudiesen operar estos privilegios:

1º El dueño de la mercancía debe tener voluntad, conocer, consentir, tolerar, no oponerse, permitir que la mercancía peculiar se destine a la negociación con terceros.[5]

2º El dueño debe entregar la mercancía al peculio, mediante el hijo, el esclavo, etc., sujeto a potestad, para que éstos negocien en el nombre de la "mercancía peculiar" con terceros.[6]

Los pretores y la jurisprudencia afirman que el dueño de la mercancía tiene derecho a separar su patrimonio privado del capital que deseaba invertir en la mercancía peculiar. Este capital, - merx peculiaris – es un patrimonio que se sujeta por el inversor – dueño al riesgo de los negocios. El Pretor y la jurisprudencia señalan que el dueño goza del privilegio de la deducción preferente a los demás acreedores sobre el patrimonio neto del peculio si el directivo negocia sin su conocimiento, ("quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit"[7]). Por el contrario, el dueño no goza y pierde este privilegio cuando entrega la mercancía al peculio para que se negocie con terceros con su conocimiento.[8]

Para compensar la pérdida de este privilegio, los Pretores crearon un nuevo privilegio, amparados en la institución del peculio, en favor del dueño de la mercancía. El peculio fue la institución jurídica sobre la que

---

[4] D. 14, 4, 1:"qui alioquin in servi contractibus privilegium habet".

[5] D.14, 4, 1. D. 14, 4, 1, 3

[6] D. 14, 4, 1. D. 14, 4, 1, 4. D. 14, 4, 5, 4

[7] D. 14, 4, 1

[8] D. 14, 4, 5, 7

enraizar su nueva concesión: "quippe quum de peculio duntaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto, quod domino debetur, FIT TAMEN, si scierit servum peculiari merce negotiari .. ex hoc Edicto in tributuum vocetur"[9], " porque cuando se obliga solamente por el peculio, se hace la estimación de este peculio deducido de éste lo que es debido al dueño, sea también llamado por este Edicto a contribución si el siervo hubiese negociado con mercancía peculiar".

La *merx* sale del patrimonio del dueño e ingresa en el patrimonio de un nuevo "*ente jurídico*". La unión de la merx con el peculio hace nacer la "*merx peculiaris*". El claustro materno que alberga la fecundación y el nacimiento es el peculio. Solo así se puede apoyar jurídicamente que el dueño de la "merx pecularis" pueda participar como un acreedor extraño de la mercancía peculiar -"si scierit servum peculiari merce negotiari, velut *EXTRANEUS CREDITOR* ex hoc Edicto in tributum vocetur", (D. 14, 4, 1)- en el concurso mercantil de acreedores: "ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuat" (el pretor prescribe que toda la mercancía del peculio y todos los ingresos recibidos de aquella actividad deben distribuirse proporcionalmente entre todos los acreedores, incluidos el padre o el dueño si a éstos se les debe también algo" (GAYO, Inst. 4, 72).

La creación de este privilegio limitador de la responsabilidad civil patrimonial del empresario dueño- *duntaxat merx peculiaris*[10] - condujo a la jurisprudencia a realizar un esfuerzo de interpretación del concepto de mercancía. Según nos informa ULPIANO, aunque el concepto de mercancía era angosto, pues quedaban excluidas de este concepto las empresas peculiares de sastrería, tintorería y textiles, al decir de PEDIO el Edicto sobre la Tributoria se debía extender a todas las negociaciones.[11] La mercancía ingresa en el peculio y éste es el ente creador de los privilegios. Si se amplía el concepto de merx y sus titulares, se amplía el alcance del privilegio. Desde los inicios de la época clásica,[12] *el privilegio*

[9] D. 14, 4, 1

[10] D. 14, 4, 5, 11

[11] D. 14, 4, 1, 1

[12] D. 14, 4, 5, 7

se extendió a las plusvalías y a los beneficios generados con las mercancías peculiares[13] *y a las maquinarias*[14] *y esclavos*[15] *adquiridos fruto del ejercicio de la actividad comercial y empresarial en el nombre de aquéllas*. Por último, también fueron beneficiarios los empresarios que operaban con peculios en nuevos negocios que no estaban incluidos en el término estricto de mercancía: "ad omnes negotiationes porrigendum Edictum". [16]

II. El Peculio: ente jurídico autónomo matriz de la Merx Peculiaris.

Inicialmente la capacidad jurídica plena corresponde al padre de familia, ciudadano romano. Sin embargo, el principio de que todas las adquisiciones patrimoniales realizadas por los sometidos a potestad, hijos y esclavos, pasan al padre o al dueño[17] sufre limitaciones con el reconocimiento jurídico progresivo del peculio, situación que se intensificó con su aplicación como ente empresarial en el comercio y los negocios. Como punto de partida, y en línea con los enunciados formulados por los autores de las fuentes literarias,[18] de la jurisprudencia republicana y clásica[19] DAZA MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ ENNES, dan, acertadamente, desde un punto de vista patrimonial, una definición del peculio: "el peculio es un capital que el esclavo, consintiéndolo el dueño, se forma con las propias fuerzas o donativos. En otras ocasiones es el mismo dueño quien constituye con sus propios bienes un peculium al esclavo, con el fin de que realice una actividad comercial en su favor".[20] En esta dirección, la creación de privilegios comerciales en favor del empresario – dueño, inversor capitalista, fue realizada por cuestiones de

---

13 D. 14, 4, 5, 11. D. 14, 4, 11

14 D. 14, 4, 5, 13

15 D. 14, 4, 5, 14

16 D. 14, 4, 1, 1

17 GAYO, INST. 163 - 164

18 VARR. L. L. 5 & 95 "PEQVNIA, PEQVDES, PEQVLIUM. Pecua a quo pecunia universa, quod in pecore, pecunia tum consistebat pastoribus". " ISIDORI, Etymologiarum, L. V, 25, 5 "Peculium propio minorum est personarum sive servorum. Nam peculium est quod pater vel dominus filium suum vel servum pro suo tractare patitur".

19 D. 15, 1, 5, 3. D. 15, 1, 5, 4. D. 15, 1, 7, 3. D. 15, 1, 7, 4. D. 15, 1, 7, 5

20 DAZA MARTÍNEZ J. – RODRÍGUEZ ENNES L. " *Instituciones de Derecho Romano*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 50

utilidad – utilitas[21] - para el desarrollo del comercio y de los negocios. Los privilegios fueron posibles gracias a la nueva dimensión sobre la naturaleza jurídica del peculio, elaborada por los pretores y la jurisprudencia desde finales de la república y desarrollada en la época clásica. Desde el punto de vista del derecho comercial y de la actividad de las empresas, el pretor y la jurisprudencia hicieron un notable esfuerzo por *dar vida jurídica autónoma al peculio; vida jurídica similar a la del hombre*[22]*; el ente tiene y desarrolla su vida jurídica mediante órganos directivos, hijos y esclavos sujetos a potestad.*[23] La concepción del peculio como ente jurídico con vida orgánica se forja por los viejos juristas republicanos –"veteres distinguunt, nascitur peculium, crescit, decrescit, moritur"[24] -. Esta concepción alcanza su perfección jurídica con la concepción del peculio como un ente jurídico universal con vida orgánica similar a la del hombre, "peculium simile esse homini"[25]. La vida autónoma de los peculios empresariales permitió la imputación[26] de derechos y obligaciones. El peculio es creador de relaciones jurídicas patrimoniales propias y genera una comunidad de intereses. Las relaciones jurídicas patrimoniales imputadas son *transformadas y convertidas por el ente jurídico en derechos y obligaciones peculiares*.[27] La jurisprudencia clásica resolvió los problemas planteados en torno al peculio considerándolo como un ente jurídico creador de múltiples relaciones e intereses. En esta dirección BUCKLAND ha manifestado que "*we have now to consider the conditions under which a thing acquired vest in the peculium. From many texts we learn that things are acquired to it, if the acquisition is ex peculio, or ex (or in) peculiari re or peculiari causa, of it is peculii nomine. These terms seem all to mean much the same thing, but we nowhere have any explanation of their*

---

[21] D. 14, 4, 1

[22] D. 15, 1, 40. D. 15, 1, 40, 1

[23] SUAREZ BLÁZQUEZ G., "*Dirección y Administración de empresas en Roma*", Ed. U. Vigo, Ourense, 2001, p. 47 – 59. ID. "*Management, corrupción de directivos y robótica en las empresas del imperio romano*", U. Vigo, Ourense, 2006, p. 56- 57

[24] D. 15, 1 40, 1

[25] D. 15, 1, 40

[26] D. 15, 1, 21

[27] D. 14, 4, 5, 11: "SIVE PRETIUM EARUM RECEPTUM CONVERSUMVE EST IN PECULIUM".

significance. We have therefore to find on the evidence of the texts what the conditions are under which a thing acquired vests in the peculium".[28]

Los textos de los juristas clásicos ponen de manifiesto que las adquisiciones patrimoniales son realizadas mediante el órgano directivo bajo potestad en el peculio, por causa del peculio[29] y en el nombre del peculio.[30]

Los Edictos y los numerosos trabajos casuísticos hacen aflorar las nuevas concepciones clásicas del Pretor y de la jurisprudencia sobre el peculio como:

1) *Ente con vida jurídica y económica alimentada mediante órganos directivos sujetos a potestad.*[31]

2) *Ente titular de intereses jurídicos y económicos propios*.

3) *Ente generador de múltiples relaciones jurídicas.*

4) *Centro de imputación de intereses y relaciones jurídicas*[32], *- adquisición de bienes y derechos, créditos peculiares, y creación de obligaciones, débitos peculiares, frente a terceros -. El peculio es acreedor y deudor de su empresario – dueño y es acreedor y deudor de sus clientes.*

---

[28] BUCKLAND WW., "*The Roman Law of Slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*", New Jersey, 2000, p. 198

[29] NAVARRETE URBANO, "*La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva*", Estudio Histórico – canónico, Ed. Università Gregoriana de Roma, Roma, 1959, p. 117 – 119. El autor trata de la fe inicial en los entes jurídicos, y de la adquisición por medio de tercero. En relación al peculio es significativo que el autor lo incluya en el apartado de los entes jurídicos, titular de la posesión de la buena fe ad usucapionem adquirida mediante el siervo ex causa peculiari.

[30] D. 15, 1, 37, 3

[31] D. 15, 1, 1, 2. D. 15, 1, 1 3. D. 15, 1, 1, 5. D. 15, 1, 1, 6. ISIDORI, Etymologiarum, L. V, 25, 5, "Nam peculium est quod pater vel dominus filium suum vel servum PRO SUO TRACTARE PATITUR".

[32] SERRAO F., "*IMPRESA, MERCATO, DIRITTO*", Seminarios Complutenses de Derecho Romano, vol. XII, Madrid, 2000, p. 321. CERAMI P., PETRUCCI ALDO, "*Lezioni di Diritto Commerciale Romano*", Giappichelli Editore, Turín, 2002, p. 63

5) *Ente jurídico generador de plusvalías peculiares.*

6) *Ente jurídico transmisible mediante negocios inter vivos - compraventa, donación- , y mortis causa,- legado de peculio, etc.-.*

El peculio como ente jurídico autónomo posibilitó la creación y el mantenimiento útil de los privilegios jurídicos y económicos del dueño sobre el peculio y sobre la merx peculiaris; privilegios protectores tanto del capitalista-dueño, inversor y financiero de la empresa, como del desarrollo del libre comercio y de la empresa en el imperio. En este juego de relaciones comerciales privilegiadas jugaron un papel decisivo los órganos directivos – sometidos a la potestas - encargados de dar vida jurídica autónoma al ente peculiar frente a su dueño y frente a terceros. El peculio se presentaba como un ente jurídico autónomo que transformaba la naturaleza de las relaciones jurídicas que se le imputaban en su nombre por el directivo en el ejercicio de los negocios. Al decir de PAULO, el dueño capitalista debe ser propietario de la mercancía. El dueño consiente y entrega la mercancía al sometido a potestas para que la compute en el peculio y para que se negocie. *La conversión de la mercancía en mercancía peculiar obliga al directivo del peculio a comunicar a los clientes que negocian en el nombre de la mercancía peculiar*: <"Mercis Nomine" meritto adiicitur, ne omnis negotiatio cum eo facta tributoriam inducat[33]> (con razón el directivo añade "*en el nombre de la mercancía*" para que toda negociación hecha con él no produzca la acción Tributoria). La conversión de la naturaleza jurídica de merx a merx peculiaris es un fenómeno jurídico que opera en el ámbito de la vida jurídica interna del ente peculiar. El directivo negocia para el peculio, en nombre de la mercancía peculiar, con el cliente: "merx, qua peculiariter negotietur"[34]. Del mismo modo, el directivo del peculio vicario – empresa filial vicaria - está obligado a comunicar al cliente que negocia en el nombre de la mercancía peculiar.[35] La comunicación y los tratos verbales de los negocios realizados por el directivo, en nombre de la mercancía peculiar, con su cliente generan consecuencias en las

[33] D. 14, 4, 5, 5

[34] D. 14, 4, 2

[35] D. 14, 4, 5, 1

relaciones jurídicas.[36] La mercancía peculiar y las plusvalías generadas por la negociación de ésta –plusvalías peculiares- son acreedoras o deudoras de terceros. Los terceros clientes son acreedores y deudores de la mercancía peculiar y de sus plusvalías[37]. La mercancía peculiar y sus plusvalías nacen y se nutren jurídicamente del peculio. Una vez creadas, generan relaciones jurídicas en su nombre. Aunque, en un cierto momento, no exista la mercancía en el peculio, subsiste el crédito y el débito generado por la merx peculiaris, es decir, en el nombre de la mercancía peculiar sujeto a la Tributoria.[38]

En las relaciones comerciales los clientes asumían que el peculio era un *ente jurídico autónomo empresarial que vivía unido al sujeto a potestad.* [39] Del mismo modo, los clientes asumían que cuando negociaban en el nombre de la mercancía peculiar lo hacían con una mercancía que había sido nutrida por ese ente jurídico, que había otorgado una nueva naturaleza jurídica a la mercancía, y a sus plusvalías, naturaleza que producía nuevos efectos jurídicos, privilegios civiles y mercantiles en sus relaciones de comercio.

[36] D. 14, 4, 5, 5

[37] D. 14, 4, 5, 19: "merces peculiaris creditores"

[38] D. 14, 4, 1, 2

[39] D. 15, 1, 1, 2. D. 15, 1, 1, 3. D. 15, 1, 1, 4

Derecho
Tributario Sancionador

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL DERECHO SANCIONADOR TRIBUTARIO.
Un análisis comparado de la legislación Española y la Paraguaya.

Rodney Maciel Guerreño*

RESUMEN:

La obra determina y resalta el reconocimiento e importancia del Principio de Inocencia, el cual debe reconocerse a toda persona que vive en el marco de un Estado de Derecho.

Principio que resulta como uno de los límites al poder sancionador del Estado frente a sus ciudadanos, en particular dentro del Derecho Tributario sancionados, visto desde la perspectiva del Derecho Español y el Paraguayo.

ABSTRACT:

This work determines and highlights the recognition and the importance of the principle of innocence, which must recognize a person that lives in the framework of the rule of law.

Principle which is as one of the limits to sanctioning power state to its citizens, in particular within the tax law punished, seen from the perspective of the Spanish and Paraguayan law.

PALABRAS CLAVES:

Principio de inocencia – Derecho Sancionador Tributario. Principios Penales.

---

* Abogado. Asesor Impositivo. Profesor encargado de cátedra de la materia "Legislación Tributaria" y de "Derecho Tributario", Facultad de Ciencias y Letras la Universidad Católica *Nuestra Señora de la Asunción*, Carrera de Ciencias Contables y Carrera de Derecho, ciudad de Pedro Juan Caballero, Paraguay.

KEY WORDS:

Presumption of innocence – Tax penalties law – Criminal principles.

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN.- II.- DESARROLLO.- 1.- Los Principios penales aplicables en el Derecho Tributario.- 2.- Principios de la potestad sancionadora tributaria.- 2.1.- La legalidad de la sanción administrativa. Dogmática penal tributaria?.- 2.1.1.- Legalidad.- 2.1.2.- Tipicidad.- 2.1.3.- Culpabilidad.- 2.1.4.- Proporcionalidad.- 3.- Legitimidad y límites del poder sancionador administrativo.- 4.- La presunción de inocencia como derecho fundamental.- 4.1.- Fuentes legales.- 4.2.- En el Derecho Paraguayo.- 4.3.- En el Derecho Español.- 4.4.- En el Derecho Internacional.- 5.- La presunción de inocencia del contribuyente frente al derecho tributario sancionador.- 5.1.- El criterio del Tribunal Constitucional Español.- 6.- El caso paraguayo.- III.- CONCLUSIÓN.- IV.- BIBLIOGRAFÍA.-

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo, se expone la importancia de uno de los principios rectores del derecho, que conforme a las opiniones mayoritarias sentadas en la jurisprudencia y la doctrina, deben ser aplicables en todos los procedimientos de cuyo resultado, pudiera derivar una pena o sanción como resultado del *ius puniendi* del estado. Se trata del Principio de Inocencia como derecho fundamental de todo ciudadano, aplicable y reconocible a los contribuyentes, quienes fácilmente pueden hallarse inmerso en un proceso y, en consecuencia, soportar el poder sancionador del Estado, a través de la administración tributaria.

Cabe admitir que en el Derecho Tributario existen aquellos procedimientos, en su mayoría del ámbito administrativo, de cuyo resultado derivan en una sanción en contra del sujeto pasivo de la relación tributaria. Se tratan de aquellos procedimientos que tienen por finalidad la constatación de las infracciones y sus consecuentes sanciones. Sistemas

éstos que existen en casi todas las legislaciones europeas y latinoamericanas.

Con un breve análisis de los principios aplicables en el Derecho Penal, se realizará un enfoque sobre la dogmática penal de las llamadas infracciones fiscales, de modo a comprender el alcance y vinculación del Derecho Tributario sancionador con los principios aplicables al derecho penal, con los matices correspondientes. También se expondrán aquellos principios base de la potestad sancionadora del Estado, a fin de precisar sus límites y alcances al momento de la creación, desarrollo y aplicación de sanciones fiscales.

Los procedimientos tributarios sancionadores versus los derechos fundamentales que deben ser reconocidos en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera resultar una pena o sanción, serán expuestos bajo la perspectiva del Principio de Inocencia. Como se verá, este principio empieza a dar los primeros pasos a fin de precisar su alcance y aplicación en los llamados procedimientos administrativos.

La presunción de inocencia, no sólo deriva de las normas con rango constitucional, sino que se halla expresa o implícitamente reconocido en algunos instrumentos internacionales aplicables al derecho europeo y americano. En su caso, se podrá analizar los criterios sentados y unificados expuestos en los fallos del Tribunal Constitucional Español.

Los cuales serán contrastados con la actual legislación tributaria del Paraguay, que regula las infracciones y sanciones tributarias. En definitiva, con la presentación de esta monografía, se podrá llegar a una aproximación de la importancia del derecho que tiene toda persona a que sea presumida su inocencia. Siendo este un derecho fundamental *iure et de jure*, que todo acusado goza en el marco de un proceso, no limitado únicamente al Derecho Penal, sino aplicable, de igual forma, al Derecho Tributario.

Abreviaturas utilizadas en el desarrollo de esta monografía.

ATCE - Auto del Tribunal Constitucional Español.

STSE - Sentencia del Tribunal Superior Español.

STCE - Sentencia del Tribunal Constitucional Español.

CE - Constitución Española.

LGTE - Ley General Tributaria Española.
LTP - Ley Tributaria Paraguaya.
CRP - Constitución de la República del Paraguay.
BOE - Boletín Oficial del Estado.
DUDH - Declaración Universal de los Derechos Humanos.
CEDH - Convenio Europeo de Derecho Humanos.
DAD y DH - Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
CADH - Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II. DESARROLLO

1. Los Principios penales aplicables en el Derecho Tributario

Todo Estado requiere de un poder para mantener en forma legítima la estabilidad social y el respeto de los derechos de todos sus habitantes. Fue en este sentido, que Max Weber[1], afirmó que el "Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima". Para concluir que, parte de esa violencia jurídicamente reglada es el ejercicio del *ius puniendi*, o derecho del Estado de castigar a quienes cometen infracciones del ordenamiento que puedan reputarse sanciones.

Dado el carácter de ser considerado al Derecho Penal como la última ratio, existe junto a éste, otra manifestación con idénticas características. Se trata del Derecho sancionador Administrativo, el que, con algunos matices, ejerce el *ius puniendi* o el castigo derivado del Estado en algunos supuestos. El que, en el marco del Derecho Tributario sancionador, derivaría de los órganos administrativos en su calidad de sujeto activo de la relación jurídica tributaria. Pero tales supuestos, responden a ciertos criterios enraizados en otra rama jurídica, en este caso, en el Derecho Penal.

Fue esta la razón por la cual el reconocido jurista italiano Dino Jarach[2] afirmó que "en la mayoría de los países, las normas que definen las infracciones fiscales y conminan las sanciones correspondientes, constituyen una materia jurídica no prevista en el Código Penal".

---

[1] El Político y el Científico. Madrid: Alianza, 2004, p. 83-84.

[2] Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, p. 403-405

Concluyendo que de igual modo deben ser considerados ilícitos penales aquellos que son condenados con penas, afirmando así, que la idea de pena no es exclusiva del Código Penal, sino pueden abarcar otras ramas jurídicas. Las que como es sabido, están esparcidas por todo el ordenamiento jurídico, entre las cuales, toma mayor fuerza el Derecho Tributario.

Dentro del Derecho Tributario, se visualizan a menudo los diversos tipos de penas que son etiquetados por los ordenamientos jurídicos. Respondiendo así a una suerte de clasificación de las mismas. La primera, es la *multa*, que adopta como criterio para su aplicación el monto de los tributos no pagados o ingresados, a fin de precisar el cuantum de la sanción que deberá soportar el contribuyente responsable. Asimismo, está el *interés punitorio*, como otra clasificación, que si bien conforme al parecer del Tribunal Constitucional Español, no fue considerado como sanción. Pero resulta de igual modo aplicado como tal en la mayoría de los ordenamientos tributarios. Por otro lado, están el *comiso* de las mercaderías, la *clausura de locales* y la *inhabilitación*, los que con algunas diferencias terminológicas en sus redacciones, son considerados de igual modo como sanciones tributarias. Por consiguiente, impuesta por una persona o entidad, legitimada para ello.

En base a las sanciones citadas, siendo las mayormente reconocidas en el ámbito del derecho administrativo sancionador, en particular, del Derecho Tributario, me resta hacer las preguntas siguientes: ¿son aplicables los principios reconocidos en el Derecho Penal, a estos tipos de sanciones administrativas? ¿El órgano sancionador en el Derecho Penal, es el mismo del Derecho Tributario? Estas cuestiones merecen una respuesta, las que servirán para cotejar las creaciones jurídicas que tratarían de contestarlas, en un sentido negativo. Para precisar las respuestas en su sentido afirmativo, los principios del Derecho Penal reconocidos por la doctrina y aplicables en las leyes, serán analizados detenidamente.

En busca de esta tesitura, en primer lugar, pasaré a analizar los principios aplicables al Derecho Penal. Así, tenemos al principio conocido como "nullum crimen et nulla poena sine lege". Reconocido en varias legislaciones, pero en el caso particular de España, aplicable al orden administrativo, dado su origen constitucional. En la Constitución española, en particular en el artículo 25.1, se afirma que "nadie puede ser

condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituye delito, falta o infracción". El sentido de la citada norma, resulta claro y acorde al principio penal enunciado. De esta forma, al afirmar que ninguna persona puede ser sancionada por acciones u omisiones que no constituyan delito al momento de su comisión, resulta evidente que, ante la ausencia de aquellas acciones u omisiones, no existirían las sanciones. El texto de la norma constitucional resulta claro al respecto, pues al establecer la prohibición, va más allá en su redacción, pues lo extiende a las llamadas faltas o infracciones.

Con esta clasificación, no queda dudas que la norma no sólo limita el principio al ámbito penal, cuyas conductas, en la mayoría de los casos, son tipificadas como delitos y crímenes. Pues del texto constitucional, se derivan además la falta e infracción, terminologías que son utilizadas comúnmente en el ámbito administrativo. De esta forma, abre la posibilidad para que cualquier conducta, titulada como delito, falta o infracción, se encuadre dentro de la normativa establecida en el artículo 25.1 de la CE. Por lo tanto, el principio reconocido con el dicho "nullum crimen et nulla poena sine lege", en base a una interpretación literal de la norma constitucional citada, en nada impediría su aplicación al Derecho Administrativo sancionador, en su caso, al Derecho Tributario.

Otros de los principios reconocidos en el Derecho Penal, y en su caso, susceptible de aplicación al Derecho Tributario, es el Principio "nulla poena sine judicio". El cual, en cierta medida, estaría implícitamente en el artículo 24.1 de la CE. En la citada norma constitucional se afirma que todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. En base al sentido literal de la norma constitucional, resulta posible una interpretación que se adecue al principio de que no hay pena sin juicio. Pues al afirmase que las personas tiene el derecho de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, con una interpretación extensiva de la norma, se podría entender que reconoce la aplicación del principio "nulla poena sine judicio".

Pero, esta postura que sostengo en relación al principio, fue delimitada en su aplicación por el Tribunal Supremo Español, en el sentido de admitir que en todo procedimiento administrativo, la tutela

judicial efectiva, se garantiza por el hecho de que el administrado tenga la posibilidad de acudir a la esfera judicial para la protección de sus derechos. Dando a entender que el derecho a la tutela efectiva ha de ser satisfecha sólo por los órganos judiciales y no por la Administración. Este parecer del TSE, resulta un tanto contradictorio con otros fundamentos expuestos en otras sentencias por el TCE, en particular en las doctrinas sentadas en las STCE 120/1994, de fecha 25/4/1994 y STCE 18/1981. En ellas, se ha sentado el criterio de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución Española, en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración. De modo tal a preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. De esta forma, el Tribunal Constitucional de España, ha sentado el reconocimiento de los derechos contemplados en el artículo 24, al ámbito administrativo.

La contradicción señalada, se observa con el siguiente razonamiento lógico: de admitirse que la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 24.1 de la CE, solo resulta aplicable al ámbito judicial, implicaría a la vez, la no admisión de los demás derechos contemplados en el artículo 24.2 de la CE, al ámbito del Derecho Administrativo. De esta forma, el hecho de limitar la tutela efectiva a los procedimientos judiciales, implica el rechazo a los demás principios contemplados en el artículo 24.2. Los que conforme a las sentencias citadas del TCE, han afirmado todo lo contrario. Pues se ha sentado la doctrina que los derechos previstos en el artículo 24 de la CE, resultan aplicables al ámbito administrativo, pero con ciertos matices. Con este razonamiento, me atrevo a formular la siguiente pregunta: ¿es posible un procedimiento en donde no se exija la tutela judicial efectiva de los derechos, pero a su vez, se reconozcan otros derechos, como ser un juez ordinario, el derecho a la defensa, a no declarar contra sí mismo, a la presunción de inocencia, etc.?

La respuesta resulta obvia, pues si se admite en el ámbito administrativo el reconocimiento de los principios procesales establecidos en el artículo 24.2 de la CE, postura del Tribunal Constitucional Español, es porque se reconoce que los mismos deben darse en el marco de un proceso, de lo contrario, resultarían inaplicables. Por tanto, tales reconocimientos, implican en definitiva una tutela efectiva por parte del órgano juzgador, en este caso, por la Administración. De ser así, admitir

la tesis del TSE, de que la tutela efectiva es aplicable solamente en los procesos judiciales, implica rechazar el reconocimiento de los demás principios contemplados en el artículo 24.2. Los cuales han sido admitidos en su totalidad por el Tribunal Constitucional Español, evidenciándose así la contradicción. Lo que permite sostener el criterio que el principio penal de "nulla poena sine judicio", inspirado en el artículo 24 de la CE, resulta aplicable, sin excepción, al Derecho Tributario, tal como lo viene haciendo las reiteradas jurisprudencias del TCE, las que serán analizadas más adelante.

Otros de los principios, el de "culpabilidad", aplicables en las infracciones dentro del ámbito administrativo, resulta justificable con idéntico criterio que los del Derecho Penal. Fue en este sentido que las reiteradas jurisprudencias del TCE, nuevamente han sentado doctrina al respecto. En las sentencias indicadas, se ha dicho que el principio de inocencia resulta aplicable en el Derecho Administrativo, y que las acusaciones hechas en contra del administrado, deben ser probadas por el que acusa. Además, afirma el Tribunal Constitucional Español que para fundar la culpabilidad, deben existir fundamentos en una previa actividad probatoria sobre el cual el órgano competente pueda desvirtuar el principio de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la CE. Dado este criterio, no queda dudas que en el marco del derecho sancionador tributario, debe existir una actividad probatoria que sostenga el elemento de culpabilidad en el sujeto, quien por criterio jurisprudencial, se halla amparado por la presunción de inocencia. Criterio sostenido por el Tribunal Constitucional, derivado de los reiterados fallos que serán analizados más adelante.

El principio del "non bis in idem", que si bien la doctrina aún se halla reacia en admitir que las sanciones administrativas llevan implícito el ius puniendi del Derecho Penal, la LGTE determina con claridad la aplicación de este principio. En su artículo 180[3], entre otras cosas, se

[3] Artículo 180. Principio de no concurrencia de sanciones tributarias.
1. Si la Administración tributaria estimare que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

determina claramente la prohibición de concurrencia de las infracciones. De la lectura de la citada norma tributaria, se aprecia que en el caso de existir condena judicial, este hecho impedirá a la administración, la imposición de otro tipo de sanción. Además, en la norma se determina la suspensión del procedimiento administrativo, cuando se estimare que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública. Entonces, en base a estos preceptos establecidos en la norma, se puede deducir que la prohibición de la doble sanción, en el administrativo y penal, se halla prohibida por el Derecho Tributario Español. En consecuencia, reconoce la aplicación del principio penal del principio penal "non bis in idem".

En fin, conforme a los principales principios penales explicados en este punto, existen fundamentos jurisprudenciales y legales suficientes para sostener el reconocimiento de los mismos dentro del proceso administrativo sancionador. Dentro del cual, se encuentran las llamadas infracciones y sanciones tributarias. Esta postura, fue similarmente adoptada en las VII Jornadas de LHA[4] de Pamplona, al establecer como recomendación final, la agregación del inciso que reza: "en la medida que

---

La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa.

De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará susactuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el período de suspensión se tendrán por inexistentes.

2. Una misma acción u omisión que deba aplicarse como criterio de graduación de una infracción o como circunstancia que determine la calificación de una infracción como grave o muy grave no podrá ser sancionada como infracción independiente.

3. La realización de varias acciones u omisiones constitutivas de varias infracciones posibilitará la imposición de las sanciones que procedan por todas ellas. Entre otros supuestos, la sanción derivada de la comisión de la infracción prevista en el artículo 191 de esta Ley será compatible con la que proceda, en su caso, por la aplicación de los artículos 194 y 195 de esta Ley. Asimismo, la sanción derivada de la comisión de la infracción prevista en el artículo 198 de esta Ley será compatible con las que procedan, en su caso, por la aplicación de los artículos 199 y 203 de esta Ley.

4. Las sanciones derivadas de la comisión de infracciones tributarias resultan compatibles con la exigencia del interés de demora y de los recargos del periodo ejecutivo.

[4] Citado por Ramón Valdés Costa, en su obra titulada "Instituciones de Derecho Tributario", Buenos Aires: Lexis-Nexis Depalma, p. 288-290

una decisión administrativa contenga la aplicación de una sanción punitiva, son plenamente aplicables los principios penales". Siendo así, me permite afirmar con un mayor grado de certeza, que toda imposición punitiva derivada de la Administración, implica el previo reconocimiento de los principios penales explicados.

Como fue preguntado al principio, no me resta otra alternativa que responder a la primera pregunta en su sentido afirmativo. Pues los principios aplicables al derecho penal, deben ser reconocidos por la Administración en su rol de ente sancionador, pues quedó evidenciado que se aplican con iguales criterios. A la segunda pregunta, no queda dudas que el sujeto sancionador, sea del área penal o administrativa, está en el ejercicio del ius puniendi, por lo tanto, derivado del Estado. Quien a través de cualquiera de sus poderes, se halla en igualdad de condiciones al momento de ejercer su potestad de imponer sanciones.

2. Principios de la potestad sancionadora tributaria.

Resulta convincente que los llamados órganos administrativos, en algunos supuestos, se encuentran legitimados para imponer sanciones. Este fenómeno, hoy en día, es muy aplicable en los diversos ordenamientos jurídicos que regulan cuestiones administrativas.

Con gran acierto, el conocido jurista latinoamericano, Ramón Valdés[5] afirma que la aplicación de las penas por la administración es un caso típico de concentración de funciones, inadmisible dentro del principio de la división de poderes. Además agrega el citado jurista, que en el marco del Derecho Tributario, existe un agravante que colisiona con el principio de división de poderes, dado que la sanción es aplicada por la Administración, quien resulta ser el acreedor en la relación tributaria, siendo juez y parte al mismo tiempo.

Por tal razón, la aplicación de penas por parte de la Administración, no implica un poder fuera de todo control por parte del Estado. Por el contrario, dado que no existe mayores diferencias entre el ilícito común y el tributario, por ser ambos pasibles del ius puniendi del Estado, existe

[5] Op. Cit. p., 287

un control de legalidad en la sanción. Así, la misma debe responder a ciertos criterios para su validez.

2.1. La legalidad de la sanción administrativa. Dogmática penal tributaria?

La sanción aplicada en el ámbito de la Administración, como fuera dicho, no deriva de una potestad discrecional de la misma. Por el contrario, responde a criterios dogmáticos que deben ser tenidos en cuenta para justificar su legalidad. Para ello, deben responder al principio de legalidad, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad. Los cuales, con cierto grado de semejanzas, son utilizados en el Derecho Penal y en el Tributario, tal como será explicado a continuación.

2.1.1 Legalidad.

El principio de legalidad en las sanciones administrativa, como ya fue adelantado, tiene su fuente en el artículo 25.1[6] de la CE. En ella se precisa con suma claridad que ante cualquier condena o sanción, se requiere de la existencia de las normas que describan la conducta delictiva, la falta o la infracción. Este precepto constitucional, se refleja de igual modo en la LGTE, en su artículo 178[7], normativa en la cual se precisa que la potestad sancionadora en materia tributaria responde a los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia.

De esta forma, el criterio de legalidad, reconocidos por la Constitución y la Ley General Tributaria Española, tiene cierta semejanza

---

[6] Artículo 25. Constitución Española.
1. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituye delito, falta o infracción, según la legislación vigente en aquel momento.

[7] Artículo 178. Ley General Tributaria Española.
La potestad sancionadora en materia tributaria se ejercerá de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa con las especialidades establecidas en esta Ley.
En particular serán aplicables los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia. El principio de irretroactividad se aplicará con carácter general, teniendo en consideración lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley.

a la legalidad penal. En donde se sostiene que no existe pena o sanción sin una ley que previamente así lo determine, mayormente conocido con el adagio "nullum crimen et nulla poena sine lege".

Con semejante criterio, pero con una redacción menos precisa que la CE, la CRP en su artículo 9 determina que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohibe". Así, la normativa constitucional paraguaya en cierta medida determina la regla que las únicas conductas que pueden ser exigidas o prohibidas por el Estado, requieren de la existencia de una ley que así lo disponga. Cumplido el cual, las mismas podrían válidamente ser impuestas y/o sancionadas por el Estado.

2.1.2 Tipicidad

Otra de las exigencias de la sanción administrativa es su tipicidad, también reconocida como principio aplicable conforme al artículo 178 de la LGTE, señalado anteriormente. Con este principio, se exige que las sanciones administrativas, además de ser primeramente establecidas en la ley, requieren de una descripción precisa de la conducta prohibitiva, cuya realización u omisión, derivará en una sanción. De esta forma, la tipicidad de las conductas prohibitivas a ser juzgadas por la Administración, requieren de la descripción fáctica del hecho a ser considerado punible. De cuya realización por el contribuyente o sujeto pasivo, derivaría en la aplicación de una sanción.

Quedando así de claro que la tipicidad del Derecho Penal, no varía en gran medida a la tipicidad exigida por las normas tributarias españolas, pues en definitiva, implica la descripción fáctica de lo que se está prohibido hacer o no hacer. Cuya consecuente realización o abstención injustificada, derivaría en la aplicación de una sanción al sujeto.

2.1.3 Culpabilidad

Cuando se habla de culpabilidad, como otros de los principios aplicables en las sanciones administrativas prevista en el artículo 178 de la LGTE, se está haciendo referencia a la responsabilidad personal del sujeto infractor. Así, constituye el elemento, en definitiva, condicionante

para la aplicación de una sanción; pues el principio requiere la necesidad de la existencia del dolo o la culpa en el sujeto.

Exigencias, que amparadas por el Principio de Inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la CE, implica que la administración aporte pruebas necesarias para que pueda imputar una sanción al acusado de una infracción. El que, en conjunto con los otros derechos fundamentales, debe ser observado y aplicado en todo procedimiento administrativo de cuyo resultado pudiera derivar la aplicación de una falta o infracción.

Con este criterio, la administración en su rol de acusador, siempre que haya desvirtuado con pruebas suficientes la inocencia del sujeto infracción[8], deberá además tener en cuenta el grado de culpabilidad del sujeto infractor. El que servirá de base para la graduación de la sanción a ser aplicada por la Administración, evitándose así una eventual aplicación discrecional del grado de la sanción. Con la correcta aplicación del principio de culpabilidad, tanto el acusado como la administración, tendrán la certeza que el hecho que se le imputa, sea el resultado de la conducta dolosa o culposa realizada por el infractor, tal como lo exige el principio penal de personalidad de la pena. Para que de esta forma, se pueda evitar la imputación de una sanción a un sujeto por el delito cometido por otro.

Pero, el principio de culpabilidad exigido en las sanciones administrativas no resulta de aplicación absoluta en algunos supuestos. Existen casos de exclusión de la culpabilidad que son aplicables en materia administrativa, pudiendo darse algunas de las siguientes hipótesis previstas en la propia ley. Hipótesis, que a modo de ejemplo, se podría citar los siguientes: el hecho de la conducta sancionada y calificada como infracción o falta que, haya sido realizada por quien o quienes no tengan la capacidad de obrar en el derecho tributario, conforme lo regula el artículo 44[9] de la LGTE. Esta circunstancia, como causal de exclusión de

---

[8] Criterio sostenido en el fundamento jurídico N°12, por el STCE en la Sentencia N° 76/1990 – STC, de fecha 26 de abril, dictado por el Pleno del Tribunal.

[9] Artículo 44. Ley General Tributaria Española.
Tendrán capacidad de obrar en el orden tributario, además de las personas que la tengan conforme a derecho, los menores de edad y los incapacitados en las relaciones tributarias derivadas de las actividades cuyo ejercicio les esté permitido por el ordenamiento jurídico

la sanción, deberá tomarse en consideración por la administración al momento de aplicar la sanción, conforme a las normativas aplicables a estos supuestos.

Como otra causal hipotética de limitación de la culpabilidad prevista en la propia ley tributaria[10], sería la concurrencia de algunas causas

---

sin asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela, curatela o defensa judicial. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos e intereses de que se trate.

[10] Artículo 179. Ley General Tributaria Española.

1. Las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta Ley podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción tributaria cuando resulten responsables de los mismos.

2. Las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria

en los siguientes supuestos:

a) Cuando se realicen por quienes carezcan de capacidad de obrar en el orden tributario.

b) Cuando concurra fuerza mayor.

c) Cuando deriven de una decisión colectiva, para quienes hubieran salvado su voto o no hubieran asistido a la reunión en que se adoptó la misma.

d) Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma o cuando el obligado tributario haya ajustado sus actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones y comunicaciones escritas a las que se refieren los artículos 86 y 87 de esta Ley.

Tampoco se exigirá esta responsabilidad si el obligado tributario ajusta su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro obligado, siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita entender aplicables dichos criterios y éstos no hayan sido modificados.

e) Cuando sean imputables a una deficiencia técnica de los programas informáticos de asistencia facilitados por la Administración tributaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

3. Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquellos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27 de esta Ley y de las posibles infracciones que puedan cometerse como consecuencia de

consideradas de fuerza mayor. También, aquellas derivadas de una decisión colectiva, para quienes hubieran salvado su voto o no hubieran asistido a la reunión en que se adoptó la misma. Están además, las acciones que sean imputables por deficiencias técnicas de los programas informáticos proporcionados por la propia administración y, por último, está la conducta adoptada por los sujetos que voluntariamente regularicen su situación tributaria.

En resumen, los supuestos de exclusión o limitación de culpabilidad, se hallan taxativamente enumeradas en la propia Ley General Tributaria Española, por lo que la Administración, una vez corroborado algunos de los casos previsto en la norma, deberá considerarlo a fin de juzgar la responsabilidad del administrado, quien podrá invocarlos a su favor, en el marco de un proceso administrativo sancionador.

2.1.4 Proporcionalidad

Otros de los principios, también de origen Penal pero aplicable con matices al Derecho Tributario, es el de la proporcionalidad o graduación al momento de la imposición de la sanción. Este principio, resulta como límite para el aplicador de la sanción, sirviendo de garantía a la vez, al sujeto infractor. Quien tendrá la certeza de cuáles fueron los criterios utilizados por la Administración para especificar, graduar y justificar el peso de la sanción.

La Ley General Tributaria Española ha sentado algunos criterios de graduación de las sanciones tributarias, siendo de carácter obligatorio para el ente sancionador. Quien deberá tomar en consideración algunos aspectos, como ser la reincidencia, el perjuicio económico para la Hacienda Pública y la conducta adoptada por el supuesto infractor. Estos criterios contemplados en el artículo 187 de la LGTE, merecen una explicación. Al respecto, la ley considera como conducta reincidente del obligado, cuando éste haya sido sancionado, más de una vez, por una infracción de la misma naturaleza, sea leve, grave o muy grave[11], siempre que ello derive de una resolución administrativa que se encuentre firme,

---

la presentación tardía o incorrecta de las nuevas declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes.

[11] Clasificación tripartita adoptada por el artículo 184 de la LGTE y artículo 3 del RGRS.

dictada dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción actual. De esta forma, el obligado incurre en reincidencia, cuando ha tenido una conducta que se ajusta a lo dispuesto por la norma tributaria citada.

Para determinar el perjuicio económico de la Hacienda, otro de los criterios de graduación, se determinará por el porcentaje resultante de la relación existente entre la base de la sanción y la cuantía total que hubiera debido ingresarse, sea en la autoliquidación o en la adecuada declaración del tributo o del importe de la devolución inicialmente obtenida. Asimismo, resulta determinante para la graduación, el hecho de llegarse a un acuerdo o conformidad del interesado con la Administración. El que se tendrá por ocurrida siempre que la liquidación resultante no sea objeto de recurso o reclamación económica-administrativa, o cuando, en el procedimiento de inspección, el obligado tributario suscriba un acta de acuerdo o un acta de conformidad.

Con los criterios de graduación expuestos, derivados de la propia ley tributaria española, el principio de proporcionalidad, de origen Penal, resulta visible en el ámbito tributario, conforme fueron explicados precedentemente. De esta forma, el sujeto infractor de una conducta calificada como infracción tributaria, tendrá la garantía de que la cuantía de la sanción a serle impuesta, resulta de criterios tazados, no sujetos a la mera discreción de la Administración.

De esta forma, resulta evidenciado que los criterios de legalidad, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad, con un mayor margen de semejanzas, responden a los mismos principios consagrados por la dogmática del Derecho Penal. Por lo tanto, no existe otra postura que afirmar que el jus puniendi del derecho Administrativo-Tributario, responden a idénticos dogmas aplicados en el Derecho Penal.

3 Legitimidad y límites del poder sancionador administrativo.

Como principio dominante, conforme al criterio sostenido por la STCE[12], no cabe duda que en un sistema en que rige de manera estricta la

[12] STCE 77/1983, de 03 de octubre, Publicación BOE 19831107 [«BOE» núm. 266]

división de los poderes del Estado, adoptado por la mayoría de los países, la potestad sancionadora debería constituir en un monopolio judicial, y con ello, privar a la Administración de tal potestad. Pero, sabido es que el prototipo de este sistema jamás ha funcionado conforme nos indica la práctica, por lo que es lícito dudar que fuera incluso viable, quebrantar el principio de división de poderes, para evitar el recargo en exceso de las actividades de la Administración de Justicia (Poder Judicial) como consecuencia de ilícitos de gravedad menor.

Con igual criterio, el Tribunal Constitucional de España, siguió afirmando que la Constitución adoptó esta línea, de modo que no ha excluido en su totalidad a la Administración la potestad de sancionar. Pues con una interpretación a contrario sensu del apartado 3°, del artículo 25[13] de la CE, ha sentado la doctrina que la Administración tiene la potestad de sancionar, pero sujetas a ciertos criterios que sirven de límite a dicho actuar.

De esta forma, en base a la doctrina sostenida por el Tribunal Constitución Español, se ha interpretado que la Administración, por un lado posee la potestad de aplicar sanciones. La que no se halla a su libre arbitrio, sino que sujeta a algunas limitaciones de rango constitucional, contempladas de igual modo en el citado artículo 25 de la CE. En este entender, el Tribunal ha determinado cuáles sería aquellos límites constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración. A saber, el primero de ellos es: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, pero con el carácter excepcional que los poderes sancionatorios presentan en manos de la Administración.

Con semejante criterio, el Tribunal Constitucional ha precisado que la legalidad resulta condición sine qua nom de la potestad sancionadora de la Administración. En su caso, la necesidad de la existencia de una ley que habilite tal potestad, en la que se determine a su vez, la conducta sancionada (falta o infracción) y la consecuente sanción. El carácter

[13] Artículo 25. Constitución Española.
2.La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

excepcional que los poderes sancionatorios presentan en manos de la Administración, el Tribunal Constitucional Español, no ha sentado doctrina alguna ni ha aclarado tal carácter, por lo que a este punto, no cabe ningún tipo de comentario que pueda sostener lo afirmado por TCE.

Otro de los límites a la potestad sancionadora sería él; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas por la Administración. Con esta interpretación realizada por el Tribunal Constitucional Español, tal como fue indicado en párrafos anteriores, fue la que originó la doctrina que la Administración posee potestad de imponer sanción, pero vedado para aquellas penas de privación de libertad. Por lo que no cabe dudas que otras de las limitaciones constitucionales impuestas a la Administración, en el ejercicio del ius puniendi, es la prohibición de imponer sanción que afecten o restrinjan la libertad personal de los individuos o contribuyentes.

Siguiendo con el criterio sostenido en la STCE 77/1983, dictado por el Tribunal Constitucional Español, otros de los límites que la Administración española encuentra en su rol de imponer sanciones, es la de buscar en todo momento; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación, con algunos matices, a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones. Con semejante criterio, el Dr. Fernando Herrero -Tejedor Albar[14], ha afirmado que es una garantía aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores, pero, que tal precepto no resulta de aplicación mimética, sino que el Tribunal Constitucional español ha establecido una serie de matizaciones.[15]

---

[14] Obra titulada "Principios inspiradores del proceso de protección de derechos fundamentales en materia sancionadora", p. 2074 al 2086. [En línea] http://www.fgr.cu/Legislacion

[15] En este sentido, el citado autor afirma que conviene resaltar algunas situaciones contempladas al respecto por el propio Tribunal Constitucional. Así, afirma que la posible falta de audiencia en vía administrativa puede verse suplida al recurrir a la vía judicial, pues el Tribunal Constitucional entiende que no se produce en tales casos una auténtica indefensión con trascendencia constitucional. En ese sentido se pronuncia el Auto 289/1994, de 31 de octubre, dictado por el Tribunal. Otras de las afirmaciones hechas por el citado autor, es que la audiencia del interesado en el procedimiento

En la Constitución de la República del Paraguay, al reglamentar los derechos de los sometidos a un proceso penal o a cualquier otro proceso del cual pudiera derivar una pena o sanción, la persona tiene el pleno derecho a la defensa en juicio. La cual podrá ser ejercida por si misma o por defensores idóneos de su elección. En este sentido lo determina el inciso 5 del artículo 17 de la CRP, aproximándose así, al criterio sostenido por el STCE.

También, la d) subordinación a la autoridad judicial por parte de la Administración, resulta otro de los límites a la potestad de sancionar, conforme a la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional. En este sentido, la STCE 77/1983 ha dicho que la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. Siguió afirmándose en la sentencia indicada, que el criterio sostenido, implica algunas consecuencias necesarias. A saber, d.1) el necesario control a

sancionador es preceptiva, pero no necesariamente previa: cabe en vía de recurso administrativo, conforme al criterio sostenido por la STCE 181/1990, fundamento jurídico 6.º, el que establece: «Como se ha indicado, es doctrina de este Tribunal que las garantías del art. 24 de la Constitución resultan de aplicación al procedimiento administrativo sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución (STCE 18/1981, F.J. 2). Ahora bien, este Tribunal ha tenido también oportunidad de precisar que tal aplicación no ha de entenderse de forma literal e inmediata, sino en la medida que las garantías citadas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento (STC 2/1987; F.J. 6, 29/1989, F.J. 6) lo que impide una traslación mimética de las garantías propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador. En el presente caso, se denuncia la falta de audiencia del interesado, previa a la imposición de la sanción de que se trata. Pero, si bien la audiencia del interesado debe considerarse como requisito necesario para la imposición de una sanción administrativa (en este caso, una multa) no debe entenderse, en el presente supuesto, que esa audiencia hubiera de ser necesariamente previa, dado el carácter flagrante e inmediato de los hechos en que la sanción se fundaba, la evidencia patente del incumplimiento por el sancionado de determinados requisitos para la instalación de tendidos y emisión de programas y el carácter mínimo de la sanción. El hoy recurrente tuvo oportunidad de ser oído en el mismo procedimiento administrativo (pues se le indicó expresamente la posibilidad de interponer recurso en vía administrativa) así como en vía judicial: y, dada esa oportunidad de audiencia, no cabe estimar que la imposición de multa de cinco mil pesetas haya vulnerado los derechos reconocidos en el art. 24 CE.

posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; d.2) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta, según el Código Penal o las Leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ello, y d.3) la necesidad de respetar la cosa juzgada. De esta forma, se han sentado aquellas doctrinas en relación a la subordinación judicial del actuar de la Administración, aplicables como límite a la potestad sancionadora de los órganos de Administración Tributaria.

Como último de los supuestos que limitan la potestad de sancionar, el Tribunal Constitucional ha dicho además que el principio "non bis in idem", resulta de igual forma otro de los límites a la potestad de sancionar que deriva de la Administración. En este sentido, afirmó que el principio determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales derivados de un mismo hecho. Además, aclara en este sentido que la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia. Pero que tal circunstancia, dualidad derivada de un mismo hecho, no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos. Pues claro está que un mismo hecho no puede existir para un órgano y dejar de existir para otro órgano del Estado, pues de no ser así, se estaría violando principios de lógica jurídica.

El principio "non bis in idem" resulta reconocida por la CRP como uno de los derechos reconocido a toda persona sometida a un proceso de cuyo resultado pueda derivar en una pena o sanción. Pues en este sentido, el inciso 4 del artículo 17 de la carta magna paraguaya lo reconoce.

Por lo tanto, atento a las doctrinas adoptadas por el Tribunal Constitucional de España, no cabe dudas que la Administración tiene la potestad de imponer sanción a los sujetos que realicen conductas tipificadas como falta o infracción. Pero tal precepto no resulta de aplicación absoluta, dado que existen límites que atenúan el ius puniendi de la

Administración. Como quedó expresado, la potestad de sancionar, reconocida por la Administración, se halla limitados por ciertos preceptos jurisprudenciales. Resumiéndose en los siguiente criterios: *1. la legalidad de la sanción; 2. la prohibición de imponerse sanciones que impliquen privación de libertad; 3. el respeto al derecho a la defensa del encausado; 4. la subordinación a la autoridad judicial y 5. la prohibición de aplicar una doble sanción derivada de la existencia de un solo hecho.*

Criterios que en cierta medida resultan implícitamente reconocidos en algunos normativas de la Constitución de la República del Paraguay, tal como fuera señalado en los artículos citados en la presente obra.

4 La presunción de inocencia como derecho fundamental.

4.1 Fuentes legales.

La presunción de inocencia, hoy en día y en casi todas las legislaciones, resulta como derecho básico e inviolable reconocida a las personas en un estado de derecho. Este principio ampara a los sujetos que se hallen inmersos a un proceso en el cual esté acusada y de cuyo resultado pudiera derivar en una pena o sanción. Es en este sentido que el principio ha sido incorporado, reconocido y codificado en el derecho latinoamericano y el europeo. No sólo en el derecho interno de algunos Estados, sino además, en aquellos cuerpos normativos de rango internacional, la que conforme a la prelación casi uniforme de la jerarquía de las normas, reflejado en la pirámide de Kelsen, se superpone a las normas con rango de Ley en los Estados.

Con esta perspectiva, se realizará el análisis de aquellas normas en las cuales se reconoce el principio de inocencia como derecho que todo ciudadano tiene reconocido en un procedimiento de carácter sancionador. Principio este que resulta aplicable al ámbito jurisdiccional como al administrativo, conforme se podrá apreciar más abajo. Como referencia de normas que las incorporan, se tomará en cuenta la legislación paraguaya y la legislación española, dada las semejanzas sustanciales que existen entre ambas legislaciones.

4.2 En el Derecho Paraguayo.

Como referencia latinoamericana de Constitución más garantista en relación a los derechos procesales, está la de la República del Paraguay,

sancionada en el año 1992. Dentro del capítulo que reglamenta la libertad de las personas, se encuentran legislados los derecho procesales reconocidos al ciudadano, las que tienen una amplitud única, relacionadas a la Constitución de la República Federativa del Brasil y de la Constitución de la Nación Argentina.

La Constitución de la República del Paraguay, en su artículo 17, explica el alcance de la norma, enumerado a su vez los derechos que los ciudadanos poseen dentro de un proceso de cuya consecuencia pueda derivarse en una sanción. Los derechos reconocidos por la CRP se citan a continuación:

1. *que sea presumida su inocencia;*
2. *que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos;*
3. *que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni se le juzgue por tribunales especiales;*
4. *que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho;*
5. *que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;*
6. *que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos;*
7. *la comunicación previa y detallada de la imputación;*
8. *que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;*
9. *que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;*
10. *el acceso, por sí o por medio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas;*
11. *la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.*

Entre estos derechos procesales, como se pudo ver, en el inciso 1 del artículo 17 del CRP, se encuentra reconocido el *principio de inocencia* que, conforme a la ubicación, ocupa la cúspide de los derechos reconocidos a toda persona. Ahora bien, lo dispuesto por el artículo 17 de la CRP, goza de una particularidad; pues tales derechos no son reconocibles únicamente en los procesos penales, sino que conforme al texto constitucional, aplicables en cualquier otro procedimiento del cual pueda derivar una pena o sanción.

Si bien los tribunales paraguayos solamente han sentado doctrina de la aplicación del principio de inocencia en los procesos penales, tomando

el alcance del texto constitucional, la doctrina adoptada resulta incompleta. Como quedó dicho, a la par de los procesos penales, los derechos citados tienen igual peso en aquellos otros del cual pueda derivar en una pena o sanción. Pues en este sentido está redactado el artículo 17 de la Constitución de la República del Paraguay[16]. Dada esta característica, no existe razón legal que impida una interpretación literal de la norma a fin de que se permita extender tales derechos a los procesos administrativos sancionadores. Esta afirmación no resulta caprichosa, sino más bien derivada de la simple redacción de la norma constitucional paraguaya, en la que se observa con claridad la disyuntiva aplicada en la misma. Así, los derechos procesales, por un lado son aplicables al ámbito penal o aplicable a todos los procesos que se caracterizan en imponer una pena o sanción. Entre éstos, lógicamente está, el procedimiento administrativo en cualquiera de sus ramas, en consecuencia, aplicable al Derecho tributario sancionador paraguayo.

Quedó visto, tomado como referencia el Derecho Constitucional paraguayo, que el *Principio de Inocencia* resulta aplicable en toda clase de proceso, de cuyo resultado pudiera derivar una pena o sanción. Si bien en la realidad, los tribunales aún no han sentado criterio alguno en

[16] **Artículo 17. De los derechos procesales**. Constitución de la República del Paraguay.
En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:
1. que sea presumida su inocencia;
2. que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos;
3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni se le juzgue por tribunales especiales;
4. que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se puede reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencia penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal;
5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;
6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;
7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;
8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;
9. que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;
10. el acceso, por sí o por medio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a
11. la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.

relación a su aplicabilidad en el ámbito administrativo, quedó plasmada la existencia de fundamentos válidos que posibiliten una interpretación en ese sentido.

4.3 En el Derecho Español.

En la Constitución Española, sancionada en el año 1978, están reconocidos los llamados derechos procesales de todas las personas, las que en su conjunto, sirven de base para la tutela efectiva de los jueces y tribunales españoles. Estos derechos se encuentran en el artículo 24 de la CE, en el que se ha prescrito los sigues:

1. *Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.*

De la transcripción de la norma constitucional española, en el inciso segundo, se puede observar la existencia de los once derechos procesales que todo ciudadano tiene. Para precisar cuáles son tales derechos, paso a enumerarlo cuanto sigue:

1. *Al Juez ordinario predeterminado por ley.*
2. *A la defensa.*
3. *A la asistencia de letrado.*
4. *A ser informados de la acusación formulada contra ellos.*
5. *A un proceso público.*
6. *A un proceso sin dilaciones indebidas.*
7. *A un proceso con todas las garantías.*
8. *A utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.*
9. *A no declarar contra sí mismos.*
10. *A no confesarse culpables.*
11. *Y a la presunción de inocencia*

Resulta visible, que entre los citados, se encuentra la *presunción de inocencia.* El que conforme a las reiteradas doctrinas del Tribunal Constitucional Español, los que serán expuestos seguidamente, ha de respetarse en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales o administrativas. Este criterio adoptado por el TCE, no se limitó únicamente en admitir aquel principio, sino fue más allá, al afirmar que la presunción de inocencia implica que la carga de la prueba corresponde al órgano acusador.

De esta forma, queda claro que la presunción de inocencia, de fuente constitucional, es un derecho que todo ciudadano español posee ante la existencia de un proceso de cuyo resultado pudiera derivarse una sanción. Derecho que, conforme la tendencia actual, deberá guardar armonía con los demás derechos citados en el artículo 24.2 de la CE, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, conforme a la interpretación realizada por el TCE.

4.4 En el Derecho Internacional.

La *presunción de inocencia*, como derecho fundamental, no está limitada al derecho interno de los países que los incorporan en su ordenamiento jurídico constitucional (en nuestro caso por Paraguay y España). Por el contrario, trasciende fronteras para lograr un reconocimiento a nivel internacional. Tal es así, que el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del año 1950, lo ha reconocido expresamente entre sus artículos. En este instrumento de protección de derechos fundamentales, acogidos por la mayoría de los países europeos, incorpora el *Principio a la presunción de inocencia* en el artículo 6.2, en el cual se determina que:

> Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.
> 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

No cabe dudas, que la normativa contemplada en el CEDH, reconoce la presunción de inocencia. Y lo hace en la inteligencia de que, en principio, serían aplicables a todas aquellas personas acusadas de una infracción. Esta postura deriva del propio texto de la norma prevista el artículo 6.2 del instrumento citado, pues de ella resultaría un tanto no

convincente una interpretación restrictiva sólo al ámbito penal. Por el contrario, el texto de la norma otorga la posibilidad de una interpretación extensiva a cualquier proceso del cual derive una infracción para el acusado. Por lo que no existe razón suficiente, en base a la redacción de la norma citada, de excluir la aplicación de este principio a los procedimientos administrativos. El cual, sería aplicable a aquellos países europeos que hayan ratificado el presente instrumento identificado en esta obra con las siglas CEDH.

Por otro lado, la presunción de inocencia como derecho fundamental del hombre, de igual modo está reconocida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscripta en el año 1948. Con idéntica transcripción que el CEDH, en el primer párrafo del artículo 26 de la declaración, se ha dispuesto que:

> Artículo XXVI. Primer párrafo.
> Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

En base a la redacción otorgada por la DADyDH, su interpretación resulta sencilla, en el sentido de afirmar que todo acusado es inocente por presunción. Además, en ella se afirma que el acusado tendrá la calidad de culpable sólo cuando se compruebe tal extremo. De esta forma, no queda dudas que este instrumento hace referencia del *Principio de Inocencia*. Como se puede constatar del propio texto, la norma citada resulta sencilla y clara, por lo que no encuentro impedimento razonable para limitar su aplicación a determinados fueron. Todo lo contrario, posible de ser reconocido a toda persona que está siendo acusada por otro, de cuyo resultado del procedimiento pueda acarrear en una pena, sanción o infracción. De esta forma, no es posible afirmar que el precepto contemplado en la DADyDH, tenga límites en su aplicación, para algunos quizás al ámbito penal. Por el contrario, aplicable tanto a otros procedimientos administrativos, entre los cuales, se encuentra el Derecho Sancionador Tributario.

Otro de los instrumentos internacionales que de igual modo incorpora el principio de inocencia, pero en un sentido más limitado que las normativas ya explicadas, es la Declaración Universal de los Derecho Humanos, del año 1948. Reconocido y ratificado por casi todos los países

del mundo atendiendo a importancia y contenido. En dicho instrumento, en particular en su artículo 11, la DUDH reconoce el principio de inocencia de la siguiente forma:

> Artículo 11.
> Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Dada la redacción del artículo 11, resulta evidente que la DUDH incorpora en su texto la *presunción de inocencia*, pero aplicable en forma limitada. Pues, el texto del artículo, reduce al ámbito penal al afirmar que tendrán la presunción de inocencia, aquellas personas que sean acusadas de un delito. Esta terminología, de uso común en el derecho penal, dada la clásica división de las conductas delictivas delitos y crímenes, existen razones justificables, en base a una interpretación literal de la norma, que el *Principio de Inocencia* reconocido en el artículo 11 de la DUDH, no resulta aplicable al ámbito administrativo, sino, limitado al Derecho Penal.

Por último, cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en el año 1969. En esta Convención, si bien expresamente no ha incorporado entre sus normas el *Principio de Inocencia*, ha determinado algunas garantías judiciales que las personas tendrán en todo proceso. De este sentido, la CADH, en su artículo 8.1, ha prescrito lo siguiente:

> Artículo 8. Garantías Judiciales.
> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En el artículo de la CADH, si bien se habla de las garantías que toda persona tiene derecho dentro de los procesos, en forma expresa no se cita la *presunción de inocencia*. Si no más bien, hace alusión a varios otros

derechos procesales. De esta forma, reconoce el derecho de ser oída, a tener un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Derechos que no sólo son aplicables al ámbito jurisdiccional sino, además, a las de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter. Por lo tanto, en base a las disposiciones del artículo comentado, resulta difícil afirmar la consagración del *Principio de Inocencia* en dicho instrumento internacional, no así, de otros derechos procesales que toda persona posee en el marco de un proceso.

Del análisis realizado sobre las normas previstas en los diversos instrumentos internacionales citados, el *Principio de Inocencia*, resulta reconocido como derecho fundamental de toda persona. El que, en mayor o menor medida, podría ser aplicable como límite a la potestad sancionadora de la Administración. En su caso, invocable por todo aquel que se halle acusado de haber cometido una falta o infracción. Obligando de esta forma al ente acusador de probar la culpabilidad del sujeto antes de aplicar la sanción, quien goza de la presunción *iuris tantum* de su inocencia. Tendencia que viene afianzándose conforme a las constantes doctrinas sostenida por el Superior Tribunal Constitucional Español, tal como será explicado a continuación.

5 La presunción de inocencia del contribuyente frente al derecho tributario sancionador.

5.1 El criterio del Tribunal Constitucional Español.

Como fue adelantado, el Principio de Inocencia, consagrado entre los derechos previstos en el artículo 24.2 de la CE, ha sido interpretado en su alcance y aplicación, por el Tribunal Constitucional Español, conforme a las reiteradas jurisprudencias que han tratado sobre el tema desde varios años atrás.

Así, por la STCE N° 18/1981, de fecha 8/6/1981, dictada por la Sala Primera, del Tribunal Constitucional Español, se ha sentado el criterio que los principios aplicables en el Derecho Penal, son aplicables al Derecho Administrativo. En particular, aquellos derechos reconocidos en el artículo 24 de la CE, siendo esta las primeras tesituras adoptada por el Tribunal, en la que se ha sostenido lo siguiente:

[Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.]

[Los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución.]

[Esta relevancia conduce a la conclusión inequívoca de que la Administración no puede imponer sanciones con ocasión del ejercicio de tales derechos (legítimamente o no, ése es otro tema) sin observar las garantías de procedimiento antes expuestas. Pues lo contrario incidiría en la esfera misma de tales derechos y libertades, ya que su ejercicio puede verse influido por el temor de ser objeto de una sanción en base a razones y pruebas que se desconocen y que no pueden ser objetadas en el procedimiento inicial, con la carga de recurrir y los posibles gastos consiguientes.]

Con idéntico sentido, pero en otro fallo dictado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, individualizado como la STCE Nº 107/1983, de fecha 29 de noviembre, se ha sentado el criterio de que la presunción de inocencia pasó a considerarse derecho fundamental de toda persona, incluso protegido mediante Amparo[17] y vinculante para todos los Poderes Públicos. De esta forma, en la sentencia mencionada se ha expresado que:

[La presunción de inocencia, que limitadamente venía siendo un mero principio teórico de derecho, en el ámbito de la jurisdicción criminal, a través del axioma indubio proreo, relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, pasó a convertirse en un amplio

[17] Conforme al artículo 161.1 de la Constitución española, el Tribunal Constitucional es competente para entender el recurso de Amparo por violación de los derechos y libertades referidos en la Sección 1, del Capítulo II. Abarcando los artículos 15 hasta el 29 de la misma, dentro de los cuales están los derechos procesales de todo ciudadano. En síntesis, los derechos contemplados en la Sección 1 de la CE, resultan los de mayor relevancia.

derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia en el art. 24.2 de la Ley suprema, haciéndose vinculante para todos los Poderes Públicos y dotándola de la protección del amparo constitucional, representando por su contenido una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción iuris tantum de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación por el Juez o Tribunal, en relación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso,...]

Siguiendo con la misma tesitura, el parecer del TCE continuó unificándose, pues la Sala Segunda, con el fallo individualizado como STCE N° 124/1983, de fecha 21 de diciembre, ha sostenido de igual modo que:

[La presunción de inocencia es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acuse aportar las pruebas destructoras de aquella presunción iuris tantum. Tiene, pues, razón la repre-sentación de los recurrentes cuando afirma que no puede impu-tarse en principio a un ciudadano la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que no se demuestre lo contrario.]

Con mayor precisión, en otra sentencia, pero dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, individualizada como la STCE N° 76/1990, de fecha 26 de abril, se ha afirmado que la presunción de inocencia rige ante la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, y en particular, en las tributarias. Con este criterio, en el fallo se ha afirmado lo siguiente:

[La presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordena-miento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular. Toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la C.E. rechaza tanto la

responsabilidad objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción.]

Además, de lo expuesto en el párrafo transcrito, el Pleno del Tribunal Constitucional ha sentado la doctrina del valor probatorio de las Actas practicadas por la Administración. Al respecto ha dicho que las mismas no tienen una presunción *iuris et de iure* de veracidad o certeza en el procedimiento, sino que constituye, más bien un medio de prueba sobre los hechos constatados en las mismas. Siendo su valor o eficacia medible a la luz del principio de la libre valoración de las pruebas hechas por el juzgador.

Pero, siguiendo con los fundamentos de la sentencia comentada, advierte que las actuaciones administrativas formalizadas en las diligencias y actas de la inspección, no tienen la consideración de simple denuncia, sino que son susceptibles de valorarse como prueba en la vía judicial contencioso-administrativa, pudiendo servir para destruir la presunción de inocencia sin necesidad de reiterar en dicha vía la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo.

Por último, siguió afirmando el Pleno del Tribunal, en la STCE N° 76/1990, que la aplicación del *Principio de Inocencia* deber ser reconocida en el procedimiento administrativo, reiterando su postura. En este sentido, el fallo expresó lo siguiente:

[...no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.]

Este mismo criterio sostenido por la STCE N° 76/1990, fue acogido como fundamento del ATCE N° 204/1993, de fecha 28/6/1993, dictada por la Sala Primera (Sección Primera), del Tribunal Constitucional Español. Así, en el Auto, nuevamente se reitera el reconocimiento de que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el procedimiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales o administrativas. Los demás fundamentos expuestos en el Auto, ya no se exponen, evitando dilaciones innecesarias dada la similitud de los fundamentos dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional Español, en la STCE N° 76/1990.

Similar criterio, nuevamente fue reiterado por la STCE N° 120/1994, de fecha 25/4/1994, dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español. En este fallo, se sentó la doctrina que los derechos procesales previstos en el artículo 24 de la CE, en particular, la presunción de inocencia, han de ser aplicables de igual modo en los procedimientos administrativos. En este sentido, la sentencia ha sentado y reiterado la siguiente doctrina:

> *[Las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 C.E. son aplicables también en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado (SSTC 18/1981 y, sobre todo, 297/1993). Por tanto, la presunción de inocencia en concreto es un principio esencial en materia de procedimiento que opera con la misma función e igual intensidad en el ejercicio de aquella potestad administrativa (SSTC 73/1985 y 1/1987)]*

Siguiendo idéntico criterio, por la STCE N° 23/1995, de fecha 30/1/1995, dictada por la Sala Segunda, del Tribunal Constitucional Español, ha sostenido que la traslación de la *presunción de inocencia* al ámbito administrativo sancionador perfila su alcance, y sólo cobra sentído cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno. Apoyando esta doctrina, el Tribunal Constitucional Español, en otros de sus fallos (la sentencia STCE N° 97/1995), de fecha 20 de junio del año 1995, ha afirmado nuevamente que la *presunción de inocencia*, que rige sin excepción en el ordenamiento sancionador, garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad

probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. De este modo, se reitera que son aplicables las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 de la CE, no sólo en el proceso penal, sino de modo igual, en los procedimientos administrativos sancionadores.

Siguiendo con la doctrina, más bien ya unificada, sostenida por el Tribunal Constitucional Español, en relación al alcance del *Principio de Inocencia*, en la Sentencia STCE N° 14/1997, de fecha 28 de enero de 1997, se ha determinado otros de los matices en su aplicación al ámbito administrativo. En este sentido, ha dicho que:

> *[Los principios generales que informan el derecho a la presunción de inocencia en el orden sancionador no impiden que las actas de infracción, donde los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el curso de sus comprobaciones e investigaciones, sean consideradas como medios de prueba, capaces de destruir, en su caso, la presunción de inocencia que protege a todo ciudadano. Así lo manifestó la STC 76/1990, añadiendo que lo que exige el espeto a los derechos que declara el art. 24 C.E. no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria. Sería incompatible con la Constitución «una presunción ``iuris et de iure'' de veracidad o certeza de los documentos de la Inspección», o que se dispensara «a la Administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de toda prueba respecto de los hechos sancionados» (STC 76/1990)]*

Por último, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español, individualizado como la Sentencia STCE N° 45/1997, de fecha 11 de marzo del año 1997, ha consolidado nuevamente la aplicación del *Principio de Inocencia* al ámbito administrativo. Además, ha reconocido la aplicación del CEDH en la materia, al sentar la doctrina expuesta en el fallo siguiente:

> *[Por lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia hemos declarado (STC 120/1994) que «la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio Europeo de 1950), al cual se aporte una suficiente prueba de cargo», de suerte que la presunción de*

inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 73/1985 y 1/1987), añadiéndose en la citada STC 120/1994 que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en qué consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el «onus probandi» con otros efectos añadidos. En tal sentido hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal "stricto sensu" cuatro exigencias que enumera nuestra STC 76/1990 y recoge la 138/1992, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones «mutatis mutandis» por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración Pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una "probatio diabólica" de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación (STC 76/1990). En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y su libre valoración por el Juez son las ideas básicas para salvaguardar esta presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal.]

[El ejercicio del «ius puniendi» del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o incriminatoria de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa o pueda imputar aquélla pueda ejercer su derecho de defensa, de modo que también en el procedimiento administrativo sancionador la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo.]

Como quedó demostrado, el *Principio de Inocencia* ha sido reconocido en su aplicación en los procedimientos sancionadores administrativos. El Tribunal Constitucional Español, desde el año 1983, y en ejercicio de su potestad constitucional de interpretar las normas establecidas en la ley suprema, ha venido sentando los criterios de aplicación del artículo 24.2. Los que en definitiva, son aplicables a los procedimientos administrativos

de los cuales pueda derivarse en una pena o sanción. Entre los cuales, ha sido categórico el alcance del *Principio de Inocencia* en el ámbito administrativo, como derecho fundamental. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta plenamente reconocible en el orden jurídico interno español, en particular en el Derecho Tributario. Pues el TCE sentó los criterios, derivados del pleno uso de su atribución conferida por el artículo 161.2 de la Constitución española.

Por lo que está demás afirmar, que resulta incuestionable que las doctrinas aplicables a la *presunción de inocencia*, sentadas por el TCE, tiene el valor de cosa juzgada y, en consecuencia, no caben recursos contra ellas[18]. De esta forma, otorgan seguridad jurídica a todos aquellos acusados en sede administrativa de una falta o infracción. Otorgando a los ciudadanos el pleno derecho a gozar de la *presunción de inocencia* en toda clase de procesos, salvo la probanza de su culpabilidad en el marco de un procedimiento por el cual se acredite tal extremo por el ente acusador, quien deberá aporta todas las pruebas necesarias a fin de destruir la presunción *jure et de jure*, que goza cada ciudadano, en particular, en el marco del Derecho Tributario.

6 El caso paraguayo.

Como fue adelantado más arriba, la legislación paraguaya presenta una situación particular en lo que respecta al *Principio de Inocencia* explicado como tema principal en este material. A fin de tener un panorama del derecho sancionador tributario paraguayo, creo conveniente citar algunas de las infracciones tributarias legisladas en este país. Así, están tipificadas la *Mora*, la *Contravención*, la *Defraudación* y la *Omisión de Pago*, todas ellas descritas en la Ley 125/91, conocida internamente como nuevo Régimen Tributario del Paraguay, con la sigla LTP a los efectos de esta monografía.

---

[18] Artículo 164. Constitución Nacional Española.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no caben recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de una derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

De las referidas infracciones señaladas, en particular, me centro en las normas con rango de ley que legislan la figura de la *defraudación* fiscal en el Paraguay. Previstas desde el artículo 172 al 175 de la LTP, las que se hallan en plena vigencia en todo su territorio. En el marco de los artículos citados, la defraudación está definida como una conducta, descrita de la siguiente forma: "*conducta realizada por los contribuyentes, responsables y terceros ajenos a la relación jurídica tributaria que con la intención de obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero, realizaren cualquier acto, aserción, omisión, simulación, ocultación o maniobra en perjuicio del Fisco*."

Dada la redacción muy amplia de la norma que tipifica a la defraudación en el Paraguay, conviene resaltar otras particularidades previstas en otros artículos. En especial, las conductas contempladas en los artículos 173[19] y 174[20] de la LTP. El primero de ello, determina una

[19] Artículo 173. De la presunción de la intención de defraudar. LTP
Se presume la intención de defraudar al fisco, salvo prueba en contrario, cuando se presentare cualquiera de las siguientes características:
1. Contradicción evidente entre los libros, documentos o demás antecedentes correlativos y los datos que surjan de las declaraciones juradas.
2. Carencia de libros de contabilidad cuando se está obligado a llevarlos o cuando sus registros se encontrasen atrasados por más de (90) noventa días.
3. Declaraciones juradas que contengan datos falsos.
4. Exclusión de bienes, actividades, operaciones, ventas o beneficios que impliquen una declaración incompleta de la materia imponible y que afecte al monto del tributo.
5. Suministro de informaciones inexactas sobre las actividades y los negocios concernientes a las ventas, ingresos, compras, gastos, existencias o valuación de las mercaderías, capital invertido y otros factores de carácter análogo.

[20] Artículo 174. Presunciones de defraudación. LTP
Se presumirá que se ha cometido defraudación, salvo prueba en contrario, en los siguientes casos:
1. Por la negociación indebida de precintas e instrumentos de control de pago de tributos, así como la comercialización de valores fiscales a precios que difieran de su valor fiscal.
2. Si las personas obligadas a llevar libros impositivos carecieran de ellos o si los llevasen sin observar normas reglamentarias, los ocultasen o destruyesen.
3. Por la adulteración de la fecha o lugar de otorgamiento de documentos sometidos al pago de tributos.
4. Cuando el inspeccionado se resiste o se opone a las inspecciones ordenadas por la Administración.
5. El agente de retención o de percepción que omite ingresar los tributos retenidos o percibidos, con un atraso mayor de (30) treinta días.

presunción en la intención de defraudar al fisco, la que se configuraría, si la conducta del contribuyente se subsume en algunos de los cinco supuestos previstos en la norma. De esta forma, el contribuyente se presume culpable, por la sola constatación, por parte de la Administración, de unos de los cinco supuestos imputables al contribuyente.

Salvo que pruebe lo contrario, el contribuyente, por disposición legal, tiene una presunción en su intención de defraudar al fisco *juris tantum*. De esta forma, queda visible, que lo determinado por el artículo 173 de la LTP, implica una violación al *Principio de Inocencia,* que goza todo encausado, y reconocido en aquellos procesos del cual pudiera derivarse una pena o sanción, conforme ha sido explicado el artículo 17 de la CRP[21].

Además, de lo reglamentado por la norma, se infiere que la carga de la prueba se traslada al contribuyente, quien tiene el *onus probandi*, y no al

6. Cuando quienes realicen actos en carácter de contribuyentes o responsables de conformidad con las disposiciones tributarias vigente, no hayan cumplido con los requisitos legales relativos a la inscripción en la Administración Tributaria en los plazos previstos.

7. Emplear mercadería o productos beneficiados con excepciones o franquicias, en fines distintos de lo que corresponde según la excepción o franquicia.

8. Ocultar mercaderías o efectos gravados sin perjuicio que el hecho comporte la violación a las leyes aduaneras.

9. Elaborar o comercial clandestinamente con mercaderías gravadas considerándose comprendidas en esta previsión la sustracción a los controles fiscales, la utilización indebida de sellos, timbres, precintas y demás medios de control o su destrucción o adulteración de las características de las mercaderías, su ocultación, cambio de destino o falsa indicación de procedencia.

10. Cuando los obligados a otorgar facturas u otros documentos omitan su expedición por las ventas que realicen o no conservaren copias de los mismos hasta cumplirse la prescripción.

11. Por la puesta en circulación o el empleo para fines tributarios de valores fiscales falsificados, ya utilizados, retirados de circulación, lavados o adulterados.

12. Declarar, admitir o hacer valer ante la administración formas manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados.

13. Emitir facturas por un importe menor al valor real de la operación.

14. Adquirir mercaderías sin el respaldo de la documentación legal correspondiente.

[21] Para evitar transcripciones innecesarias, me remito a los comentarios realizados sobre l Artículo 17 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay.

ente acusador, quien sería la Administración. Por lo que, conforme a una interpretación literal de la norma, no queda dudas que el *Principio de Inocencia* es rechazado por la LTP, siendo un su caso, una norma con rango de ley, violatoria al precepto constitucional previsto en el artículo 17 de la CRP, debiendo ser descalificada por inconstitucional.

La segunda norma, el artículo 174 de la LTP, lleva inmerso idéntico vicio que la anterior. De esta forma, se prevén catorce supuestos fácticos, cuya constatación por la Administración, implicaría, no ya una intención de defraudar, sino más bien, la consumación del hecho de defraudar al fisco. Pues la norma determina que el contribuyente ha cometido defraudación, siempre que su conducta se adecue a los supuestos fácticos establecidos en los catorce incisos previstos en la misma. Pero la norma no resulta muy fatal, pues aclara!, de probar el afectado lo contrario, el *onus probandi*, la presunción de la defraudación deja de subsistir para el contribuyente.

No cabe otra interpretación que considerar a la norma explicada como violatoria al *Principio de Inocencia*. Pues, con la simple consumación de cualquiera de los incisos previsto en el artículo 174, el contribuyente es considerado como defraudador del fisco. Extremo que, conforme a las disposiciones de la norma, puede variar si el contribuyente prueba su inocencia ante el hecho que se lo imputa. Para que de esta forma, la Administración se exima de aportar las pruebas que acrediten la existencia de tales hechos, pues se trata de una presunción *iuris tantum*, que reconoce la culpabilidad del encausado.

De esta forma, por expresa disposición legal, el contribuyente es considerado culpable de la defraudación contra la Administración, situación que lo hace responsable ante el Estado. Circunstancia, que no deja margen de error, para afirmar que se está en presencia de una norma que claramente choca con el presento constitucional de la *presunción de inocencia,* prevista en la Constitución de la República del Paraguay. Principio reconocido, como ya fue adelantado, a toda persona pasible de sufrir una pena o sanción. De esta forma, conforme al criterio sostenido por la legislación paraguaya, la carga de la prueba debe ser soportada por el contribuyente, a quien se lo presume culpable frente a la Administración, conforme quedó demostrado por las transcripciones de los artículos 173 y 174 de la LTP. En este caso, el afectado debe probar su inocencia del

hecho que se lo acusa. Lo que no es otra cosa, que considerarlo culpable durante todo el procedimiento sancionador, hasta que pruebe lo contrario.

Quedó demostrado que las normas previstas en los artículos 173 y 174 de la Ley Tributaria del Paraguay, implican una clara violación al *Principio de Inocencia* contemplado por la Constitución Nacional de este país. Principio que, conforme fue desarrollado a lo largo de esta monografía y explicado con acertado criterio del Tribunal Constitucional Español, resulta ser un derecho fundamental de toda aquel que se halle acusado de un delito, falta o infracción. Pues el *Principio de Inocencia*, no sólo ha de ser aplicado al ámbito penal, sino, además, reconocido en toda clase de proceso del cual pudiera derivarse en una pena o sanción, conforme a la redacción dada por el artículo 17 de la CRP. De entre los cuales, se encuentra la Administración tributaria, cuando hace uso del *ius puniedi,* en el marco de un proceso, que derive en una pena o sanción en contra del contribuyente.

III. CONCLUSIÓN.

Los derechos fundamentales son aquellos, que cada ciudadano tiene el derecho a exigir su reconocimiento y aplicación frente a todos y ser respetados por el Estado. Estos derechos son considerados de orden público, por el hecho de que sus titulares (las personas), no gozan del derecho a renunciarlos, y el Estado se halla obligado a reconocerlos. Entre ellos, se encuentra el derecho a que toda persona sea considerada inocente de cualquier acusación, privada o pública, del cual se pueda inferir como consecuencia, la aplicación de una sanción. Entendida ésta como toda pena aplicable por una autoridad legítimamente constituida, sea de orden penal, civil o administrativa.

El derecho que tiene toda persona a que sea considerada inocente, no sólo tiene un reconocimiento y aplicación por los ordenamientos internos de los Estados. Tal como fueron ejemplificados, de España y de la República del Paraguay, dentro de los cuales, el principio goza de un rango constitucional. Principio éste que no se limita a las legislaciones internas, sino que además, resulta consagrado en los instrumentos internacionales aplicables y reconocidos en Europa y América.

El Estado, con el afán de exigir el cumplimiento de sus normas, impone sanciones derivadas del ejercicio del *ius puniedi*. Potestad que debe ser limitada al Poder Judicial, quien es el encargado de dirimir las controversias y aplicar las sanciones en el marco de un debido proceso reconocido y deseados en todos los Estados que reivindican la división de los Poderes.

Quedó visto que el *ius puniendi*, no tiene como único ámbito de aplicación al Derecho Penal, sino más bien, reconocido por la doctrina como aplicables a todas las ramas del Derecho, del cual una persona pueda sufrir una sanción. Dentro de los cuales, existe la posibilidad de que la misma sea aplicada por la Administración en el marco de un procedimiento sancionador. La doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional Español, nos ha dicho que el Principio de Inocencia, resulta un derecho fundamental de todo ciudadano, el que con ciertos matices, no debe ser limitado en su aplicación y reconocido sólo al Derecho Penal, sino más bien extensible al Derecho Tributario.

De esta forma, el derecho de que toda persona sea considerada inocente ante cualquier proceso en el cual el ente acusador sea la Administración, tendrá ésta, la obligación de desvirtuar el principio, debiendo soportar el *onus probandi*. Así, debe aportar las pruebas necesarias para declarar la culpabilidad del encausado en el marco de un proceso con todas las garantías previstas, siempre respetándose los límites al poder sancionador. Pues, si bien en la doctrina se ha sostenido que la relación tributaria no implica una relación de poder, el contribuyente en la práctica y en día día, se halla ante una posición de desigualdad ante la Administración.

Esta es la razón por la cual, los derechos del contribuyente deben ser respetados en su totalidad, en particular, aquellos considerados como fundamentales en todo orden jurídico, tal cual fue visto en la Constitución Española y en la Paraguaya. En particular, por las reiteradas doctrinas sentadas por el Tribunal Constitucional Español, quien en uso de sus atribuciones previstas, es el máximo intérprete de las normas constitucionales consideradas como derechos fundamentales de todos los hombres, cumpliendo así, su rol de custodio de la ley suprema española, digno de ser imitada por la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

BIBLIOGRAFÍA.

· ACOSTA, Eugenio Simón y otros. Código Tributario. 15ta Ed., España: Editorial Thomson Aranzadi, España, 2008.

· GARCIA BELSUNCE, Horacio y otros. Tratado de Tributación. Tomo I. Volumen 1 y 3 Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

· CASÁS, José Osvaldo. Derechos y Garantías Constitucionales del contribuyente. A partir del principio de reserva de ley tributaria. Primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2005.

· CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. 1a Ed., Buenos Aires: Editorial La Ley, 2004.

· GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel, Teoría de la infracción fiscal, derecho fiscal penal. 1ra Ed., España: Cárdenas Editor, 1982.

· HERRERO-TEJEDOR ALBAR, Fernando, Principios inspiradores del proceso de protección de derechos fundamentales en materia sancionadora. Pág. 2074 al 2086. http://www.fgr.cu/Legislacion/Estudios%20Juridicos%20Espa%F1a/FISCALES/FISCAL.pdf

· JARACH, Dino. El hecho imponible. Teoría general del Derecho Tributario sustantivo. 3ra Ed., Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1996.

· JARACH, Dino. Finanzas Públicas y Derecho Tributario. 3ra Ed., Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2003.

· LAMOCA PÉREZ, Carlos: Infracciones y sanciones tributarias: análisis críticos del nuevo sistema de infracciones y sanciones. 1ra Ed., Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2005.

· MERSAN, Carlos A. Derecho Tributario. 8va Edición, Asunción: Editora Litocolor, 1997.

· ORENA DOMÍNGUEZ, Aitor. Infracciónes y sanciones tributarias: un estudio jurisprudencial. 1ra Ed., España: Universidad del País Vasco, 2002.

· PEÑA VILLAMIL, Manuel. Derecho Tributario. Tomo II. Volumen 52, Asunción: Editora Litocolor, 1995.

· REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Constitución Nacional, 1992, Asunción: Editorial Intercontinental, 2003.

· REPÚBLICA DEL PARAGUAY. LEY Nº 125. Nuevo Régimen Tributario, 1991.

· REPÚBLICA DEL PARAGUAY. LEY Nº 2421. De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal, 2004.

· RUOTI COSP, Nora Lucía. Lecciones para cátedra de Derecho Tributario. 1ra Ed., Asunción: Editorial Emprendimientos Nora Ruoti S.R.L., 2006.

· RUOTI COSP, Nora Lucía. Ley Nº 125/91 Nuevo Régimen Tributario – Ley Nº 2421/04 De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal. 4ta Ed., Asunción: Editora Emprendimientos Nora Ruoti S.R.L., 2006.

· SARAIVA EDITORIAL. Vade Mecum. 4ta Edición. São Paulo, 2007.

· VALDÉS COSTA, Ramón. Instituciones de Derecho Tributario. 2da Edición, Buenos Aires: Editorial LexisNexis Depalma, 2004.

· WEBER, Max. El político y el científico.. 1° ed. 6 reimp., Madrid: Alianza, 2004.

FALLOS CONSULTADOS.

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Pleno. Sentencia N° 76/1990, del 26/04/90, Publicación BOE: 19900530 [«BOE» núm. 129]. www.tribunalconstitucional.es

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Primera. Sentencia N° 18/1981, del 08/06/81, Publicación BOE: 19810616 [«BOE» núm. 143]. www.tribunalconstitucional.es

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Segunda. Sentencia N° 77/1983, del 10/10/83, Publicación BOE 19831107 [«BOE» núm. 266]. www.tribunalconstitucional.es

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Primera. Sentencia Nº 107/1983, del 29/11/83, Publicación BOE 19831214 [«BOE» núm. 298]. www.tribunalconstitucional.es

5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Segunda Sala. Sentencia N° 124/1983, del 21/12/83, Publicación BOE 19840114 [«BOE» núm. 12]. www.tribunalconstitucional.es

6. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Primera (Sección Primera). Auto N° 204/1993, del 28/6/1993, Numero de Registro 1352/1992. www.tribunalconstitucional.es

7. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Primera. Sentencia N° 120/1994, del 25/4/1994, Publicación BOE: 19940531 [«BOE» núm. 129]. www.tribunalconstitucional.es

8. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Segunda. Sentencia N° 23/1995, de fecha 30/1/1995, Publicación BOE: 19950228 [«BOE» núm. 50]. www.tribunalconstitucional.es

9. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Primera. Sentencia N° 97/1995, de fecha 20/6/1995, Publicación BOE: 19950724 [«BOE» núm. 175]. www.tribunalconstitucional.es

10. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Primera. Sentencia N° 14/1997, de fecha 28/1/1997, Publicación BOE: 19970226 [«BOE» núm. 49]. www.tribunalconstitucional.es

11. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Primera. Sentencia N° 45/1997, de fecha 11/3/1997, Publicación BOE: 19970411 [«BOE» núm. 87]. www.tribunalconstitucional.es

Instrucciones para la presentación de los artículos

1. Los artículos serán enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a carlos.salmon@ucsg.edu.ec o bien en disquete o CD a Clemente Ballén y Pichincha, Edificio Crillón, 1er Piso, Municipio de Guayaquil, departamento de Terrenos y Servicios Parroquiales, dirigidos al Dr. Carlos Salmon Alvear.

2. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 70.000 caracteres (25 páginas máximo). La Dirección considerará las situaciones excepcionales.

3. La página 1 deberá contener la siguiente información:

   - Nombre del Autor.
   - Título de artículo.
   - Un resumen del artículo (alrededor de 100 palabras).
   - Referencia curricular de hasta 30 palabras, que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
   - Dirección electrónica del autor, que se publicará.
   - Los eventuales agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página mediante dos asteriscos (**) junto al título del artículo.

4. Las citas bibliográficas podrán incluirse en notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

   - Libros: Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación (si la edición consultada no es la primera, conviene indicarlo); página(s) de donde se tomó la cita.
     EJEMPLO:
     THOMAS, Hobbes: Leviatán, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

- Artículos o capítulos de libros: Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); ciudad, editorial y año de publicación.

- Artículos de publicaciones periódicas: Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación), fecha.

- Recursos de Internet: Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de mayor y menor); fecha de consulta.