

Nº. 32 • 2018

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

ISSN 1390-3071

COMITÉ EDITORIAL

ECON. MAURO TOSCANINI SEGALE, Ph.D.
Rector - Presidente Honorario

LIC. MARÍA CECILIA LOOR DE TAMARÍZ, Ph.D.
Vicerrectora Académica - Vicepresidenta Honoraria

ING. WALTER MERA ORTIZ, Ph.D.
Vicerrector de Investigación y Posgrado - Presidente Ejecutivo

ECON. LUIS FERNANDO HIDALGO PROAÑO, Ph.D.
Vicerrector Administrativo - Vicepresidente Ejecutivo

DRA. MÓNICA FRANCO POMBO, Ph.D.
Vicerrectora de Vinculación

DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, Mgs.
Director - Editor

DR. HÉCTOR VANEGAS Y CORTÁZAR, Ph.D.
Editor Asociado

DRA. MARÍA DEL CARMEN VIDAL MASPONS, Mgs.
Editora Asociada

ARQ. MARÍA FERNANDA COMPTE GUERRERO, Ph.D.
Directora del Sistema de Investigación y Desarrollo



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. ARNEL MEDINA CUENCA, Ph.D.
Universidad de La Habana, Cuba

DR. GONZALO RUA, Ph.D.
Universidad de Buenos Aires, Argentina

DR. OMAR HUERTAS DÍAZ, Ph.D.
Universidad Nacional de Colombia

DR. ABDIEL A. ÁBREGO, Ph.D.
Universidad de Panamá

DRA. TERESA NUQUES MARTÍNEZ, Ph.D.
Universidad Católica Santiago de Guayaquil

AB. JOSÉ M. GARCÍA BAQUERIZO, Mgs.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

DR. IVÁN CASTRO PATIÑO, Ph.D.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

DR. SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO, Mgs.
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

DRA. MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ, Ph.D.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

REVISTA JURÍDICA
Nº32, 2018
JULIO-DICIEMBRE, 2018

ISSN
ISSN 1390-3071
E-ISSN 1390-4736

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, Mgs.

COORDINADORES DE LA REVISTA

GISELLA CAPELLO RÍOS
MEY-LI MACIO CENTENO
DANIEL CAICEDO DE LOS RÍOS

CORRECCIÓN DE TEXTOS

LIC. JANET LARA MORA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

MIGUEL ARELLANO MATAMOROS

MIEMBROS DE CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

AB. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO, Mgs.
Decano

AB. MARÍA ISABEL LYNCH DE NATH, Mgs.
Directora de Carrera de Derecho

LCDA. ANA QUEVEDO TERÁN, Mgs.
Directora de Carrera de Trabajo Social

DR. HÉCTOR VANEGAS Y CORTÁZAR, Ph.D.
Profesor Representante Principal ante Consejo Directivo

DRA. MARÍA DEL CARMEN VIDAL MASPONS, Mgs.
Profesor Representante Alterno ante Consejo Directivo

AB. MA. MERCEDES CEPRIÁN HAZ
Coordinadora Académica 2

AB. ELKER MENDOZA COLAMARCO
Coordinadora Académica 1

MA. CELESTE ALVARADO HERRERA
Delegada Estudiantil Principal

AGUSTÍN DELGADO MONTERO
Presidente Asociación de Estudiantes de Derecho



DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

AV. CARLOS JULIO AROSEMENA, KM 1.5
ECUADOR
TELÉFONO: +593 4 220 92 10 EXTENSIÓN: 2635 -
2636
CORREO ELECTRÓNICO:
REVISTA.JURÍDICA@CU.UCSG.EDU.EC

IMPRESIÓN

IMPRENTA VALGRAF
1000 EJEMPLARES

© UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE
GUAYAQUIL, ECUADOR

TODOS LOS ARTÍCULOS QUE APARECEN EN
LA REVISTA JURÍDICA SON DE EXCLUSIVA
RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.

TABLA DE CONTENIDOS

	CONTENIDO
RELACIONES INTERNACIONALES, DIPLOMACIA Y GESTIÓN EDUCATIVA EN LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA ECUATORIANA	5
INTERNATIONAL RELATIONS, DIPLOMACY AND EDUCATIONAL MANAGEMENT IN THE ECUADORIAN HIGHER EDUCATION CARLOS ERNESTO ESTARELLAS VELÁSQUEZ, RENÉ MANUEL VELÁSQUEZ ÁVILA	
LA INICIATIVA YASUNI ITT COMO INNOVACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR	16
THE YASUNI ITT INITIATIVE AS A SOCIAL INNOVATION IN ECUADOR JAIME LENIN HURTADO ANGULO	
LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES	32
FREEDOM OF EXPRESSION AND OTHER FUNDAMENTAL RIGHTS JUAN FALCONÍ PUIG	
LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN ROMANO EN EL ÁMBITO JURÍDICO GLOBAL	61
THE ACCEPTANCE OF ROMAN COMMON LAW IN THE GLOBAL LEGAL FIELD BERNARD MANZANO VIGNOL	
EL TRÁNSITO DEL LEGISCENTRISMO AL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU INFLUENCIA EN LA FORMULACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS	78
THE TRANSIT OF LEGISCENTRISM TO NEOCONSTITUTIONALISM AND ITS INFLUENCE ON THE FORMULATION OF THE GUARANTEES OF RIGHTS IVÁN CASTRO PATIÑO	
EL SISTEMA DE INDEFENSIÓN CON ÁNIMO DE LUCRO	90
THE INDEFENSION SYSTEM WITH PROFITABILITY JOHNNY DE LA PARED, DANIEL REINOSO LÓPEZ	
EL DERECHO A LA PAZ Y EL DERECHO AL SERVICIO DE LA PAZ	101
THE RIGHT TO PEACE AND THE RIGHT TO SERVICE PEACE KLÉBER SIGUENCIA SUÁREZ	
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN: TENDENCIAS TEÓRICAS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO	116
INTEGRATION LAW: THEORETICAL TENDENCES IN THE LATIN AMERICAN CONTEXT ZACARÍAS MIGUEL ISSOLIO	
LA MISERICORDIA, LA JUSTICIA Y LA REFORMA AL PROCESO CANÓNICO DE NULIDAD MATRIMONIAL	128
MERCY, JUSTICE AND THE REFORM OF THE CANONIAN PROCESS OF MARRIAGE NULLITY ELIZABETH MERO SÁNCHEZ	
IMPACTO SOCIAL DE LA EPISTEMOLOGÍA DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL APLICADA AL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS: UNA APROXIMACIÓN AL CASO DE ECUADOR	139
SOCIAL IMPACT OF THE EPISTEMOLOGY OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE APPLIED TO THE INTERNAL LAW OF THE STATES: AN APPROACH TO THE CASE OF ECUADOR JOHNNY ROCA DE CASTRO	

EDITORIAL

Con mucha satisfacción presentamos la trigésimo segunda edición de la Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, para la que hemos seleccionado artículos de investigación con miras a poner a disposición de la academia, productos de investigación científica, generados por profesionales de reconocido prestigio, provenientes del foro nacional, como también de latitudes internacionales.

La Revista Jurídica de la UCSG pretende alcanzar en un corto plazo los altos estándares internacionales, propios de las ediciones de alta calidad jurídica. La Dirección de Publicaciones de la Universidad, conjuntamente con el Comité Editorial, Comité Científico y los miembros del Consejo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia, han aunado esfuerzos para procurar una publicación que se

ajuste, en su contenido y formato, a los más importantes sistemas universales de información digital académica, tales como LATINDEX, SCOPUS o SCIELO.

En esta ocasión, fieles a la historia de nuestras publicaciones, se ha puesto a vuestra consideración trabajos de diferentes disciplinas del Derecho, algunas de ellas ya tradicionales, así como de otras áreas consideradas como modernas por su desarrollo acelerado en esta última década, abordadas desde una perspectiva teórica práctica, y con análisis inéditos de expertos en cada uno de los temas seleccionados.

Esperamos que esta nueva edición continúe siendo un estímulo, para que los más destacados juristas del quehacer jurídico local y regional, sigan proyectando su saber en nuestras páginas.

DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, MGS.

RELACIONES INTERNACIONALES, DIPLOMACIA Y GESTIÓN EDUCATIVA EN LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA ECUATORIANA

INTERNATIONAL RELATIONS, DIPLOMACY AND EDUCATIONAL MANAGEMENT IN THE ECUADORIAN HIGHER EDUCATION

CARLOS ERNESTO ESTARELLAS VELÁSQUEZ¹, RENÉ MANUEL VELÁZQUEZ ÁVILA²

1 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

2 Centro de Estudios para el Perfeccionamiento de la Educación Superior.

RESUMEN

El presente artículo pretende como objetivo abordar algunos aspectos teóricos fundamentales que en la actualidad se debaten sobre el tema la diplomacia, y el papel que ha desempeñado esta categoría en abrir el camino hacia las Relaciones Internacionales como disciplina científica, la cual pretende enfocarse atendiendo a la experiencia de los autores, desde una perspectiva de gestión educativa que tiene lugar dentro del contexto de los procesos que suceden en la educación universitaria, con el propósito de socializar en la comunidad científica algunas ideas necesarias que garanticen sentar las bases teóricas para la posterior preparación de especialistas en Relaciones Internacionales en la nación ecuatoriana..

PALABRAS CLAVE: Relaciones diplomáticas, diplomático, Estado, Derecho Internacional, sujetos.

ABSTRACT

The present article aims to explain some fundamental theoretical issues that are currently being debated on the subject of diplomacy, and the role that this category has played in opening the way to International Relations as a scientific discipline, which aims to focus on the experience of the authors, from an educational management perspective that takes place within the context of the processes that occur in higher education, in order to socialize in the scientific community some necessary ideas that guarantee to lay the theoretical basis for the subsequent preparation of specialists in International Relations in the Ecuadorian nation.

KEYWORDS: International relations, diplomatic, state, international law, parties.

RECIBIDO: 27/01/2018
ACEPTADO: 30/06/2018

CORRESPONDENCIA:
cestarellas@estarellas.com

INTRODUCCIÓN

El campo de las relaciones internacionales como objeto de estudio y de formación se encuentra sujeto en la contemporaneidad a fuertes polémicas y cuestionamientos, por ello el momento presente es de análisis, valoración, de construcción y reconstrucción de los conceptos y teorías que fundamentan la disciplina.

En opinión de Salomón, (2002: pag.7), las “fuerzas motrices” que han desarrollado este campo, tanto desde el punto de vista teórico como en sus acciones, fueron identificadas por Alfred Zimmern (1931), como tres:

En primer lugar, el natural desarrollo interno de las ideas, estructuradas en teorías o “paradigmas”. En segundo lugar, el impacto de la evolución de los acontecimientos en las teorías que pretenden explicarlos. Y, en tercer lugar, la influencia de conceptos e instrumentos provenientes de otras ciencias sociales (Zimmern, 1931; Barbé, 1989; Palomares Lerma, 1991; Halliday, 2002, citados por Salomon, 2002, p.1).

Se coincide con la autora en considerar que, entre los rasgos más importantes que caracterizan la situación actual de las relaciones internacionales, se encuentran el fin de la guerra fría y la globalización que afecta en todos los planos y en todas las latitudes. Estos fenómenos han influido sustancialmente en la conceptualización teórica sobre las relaciones internacionales, y sobre todo, en su accionar en el mundo contemporáneo.

El servicio exterior, así como los puestos de importancia en el ejercicio diplomático deben de ser cubiertos por hombres y mujeres de preparación académica notable, experiencia y limpia trayectoria, los diplomáticos representan al país y deben tener la prestancia necesaria para ello.

El servicio exterior no es una ddiva una canonjía, es una responsabilidad Republicana.

A esto se suma, que en el Ecuador las relaciones internacionales están dirigidas en función de su soberanía y de los intereses nacionales del País, los cuales se encuentran plasmados en el artículo 416 de la Constitución de la República del Ecuador.

Al respecto Paulina García Donoso (2007), expresa que: en la agenda internacional ecuatoriana sobre las relaciones internacionales se han elaborado resoluciones, declaraciones e instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos individuales y colectivos con el Derecho del Mar, Derecho de los Tratados, la utilización del Espacio Ultraterrestre con fines pacíficos, la desnuclearización de América Latina, Órbita geoestacionaria, la conservación del medio ambiente, integración regional, también en los últimos años el país ha aportado al debate internacional y a la cooperación con propuestas como la iniciativa Yasuni ITT, el planteamiento para la construcción de una nueva arquitectura financiera mundial, ideas para la renovación y diseño de la integración Andina y Sudamericana, la creación de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) y el Banco del Sur, la estrategia para la defensa de los migrantes entre otras contribuciones (Donoso, 2007).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE DIPLOMACIA

Las relaciones diplomáticas tienen su origen en la antigüedad, la historia se construyó con el desarrollo de las propias sociedades humanas permitió que se fueran configurando como unidades políticas autónomas, donde surge la necesidad de relacionarse y comunicarse con aquellas que les circundaban. Es así que hoy se habla de una diplomacia que difiere de aquellas prácticas diplomáticas existentes en las comunidades primitivas, donde ni siquiera imaginaban que esta se estaba gestando. Como expresa Calduch: "... las relaciones diplomáticas forman, junto con la guerra, el comercio y la comunicación, el sustrato esencial de una sociedad internacional cuyo entramado de relaciones y actores ha experimentado una constante y creciente complejidad a lo largo de la historia" (Calduch, 1993, p.1)

La diplomacia es una actividad intelectual que demanda una sólida formación académica y cultural, además de una permanente reflexión sobre la realidad nacional e internacional y un singular espíritu de análisis crítico del rumbo del mundo contemporáneo. No se puede ser un buen diplomático sin conocer y reflexionar sobre los grandes acontecimientos de la política internacional contemporánea, sin conocer sus actores, motivaciones, prioridades, además no se puede entender el papel de América Latina en el contexto internacional sin analizar los intereses de las grandes potencias.

El término Diplomacia se deriva del vocablo "diplom" que significa doblar, este término se daba a los papeles dados a un negociador que cumplía con las funciones de una misión determinada. Sus orígenes son tan antiguos como la historia de las sociedades humanas, en la medida que se fueron configurando como unidades políticas autónomas, surgió la necesidad de relacionarse y comunicarse con aquellas que les circundaban. La Diplomacia ha formado, junto con la guerra, el comercio y la comunicación, el sustrato esencial de una sociedad internacional cuyo entramado de relaciones y actores ha experimentado una constante y creciente complejidad a lo largo de la historia (Calduch, 1993).

La literatura ofrece distintas acepciones sobre Diplomacia de acuerdo al mayor o menor grado de inclusión de objetivos y prácticas que a través de ella se desarrollan.

Según Cohen (1999) se refiere al manejo profesional de las relaciones entre soberanos. Las funciones del Diplomático con frecuencia intervienen en la vida política interior de los Estados ante los que se encuentra acreditado, apoyando a los grupos o facciones cuyos intereses coinciden más estrechamente con los móviles políticos y económicos de sus monarcas. Desde esta perspectiva, el agente diplomático es también un agente político de su país, ámbito en el que gozaron de una apreciable autonomía funcional

Por su parte Nicolson (1995), como sentido común y comprensión aplicados a las relaciones internacionales. La aplicación de la inteligencia y el tacto a la dirección de las relaciones oficiales entre Gobiernos de Estados independientes.

Al referirse a Cantilo (1993), en Tesis de Maestría, Hidalgo (2013) asume como perspectiva, el conjunto de reglas y métodos que permiten a un Estado instrumentar sus relaciones con otros sujetos del derecho internacional, con el doble objeto de promover la

paz y cultivar una mentalidad universal fomentando la cooperación con dichos sujetos en los más diversos campos.

Desde el momento que la diplomacia dejó de ser una relación arbitraria y ocasional para convertirse en una relación internacional regulada jurídicamente, en la que se atribuyen derechos y se asumen obligaciones entre los Estados (Barberis, 1984), resulta ineludible admitir que sólo pueden aceptarse como diplomáticas determinadas actuaciones entre aquellos actores que gozan de subjetividad y capacidad según el derecho internacional. La subjetividad jurídica internacional no atribuye automáticamente la capacidad diplomática.

Para Amuchastegui y Sánchez (2016), esta subjetividad sobre todo en las empresas sería restringida y limitada. Realmente quienes detentan subjetividad internacional plena son los que aparecen como sujetos necesarios de toda relación internacional y los Estados como sujetos históricos por excelencia.

En tal sentido, no sólo los Estados sino también las Organizaciones intergubernamentales o los pueblos y movimientos de liberación reconocidos como tales por la comunidad internacional, son actores con capacidad para generar o participar en las relaciones diplomáticas (Rodríguez, 1987). Por el contrario, las Organizaciones no Gubernamentales (ONG en lo adelante), las Empresas Multinacionales o cualquier otra categoría de actores no reconocidos internacionalmente, carecen de competencias de carácter diplomático.

Las actividades diplomáticas carecían de organización y de normas básicas que regulasen su funcionamiento. A ello habría que agregar las limitaciones que imponían los medios de transportes y comunicaciones de aquellas épocas y las dificultades de carácter lingüístico, religioso o cultural, factores que impidieron la instauración de unas misiones diplomáticas estables o, al menos, regulares.

La historia diplomática se divide en dos grandes períodos: desde la Antigüedad hasta el siglo XV y desde el siglo XV hasta la actualidad. Los rasgos que definen la Diplomacia se enmarcan en tres etapas, desde mediados del siglo XV hasta el Congreso de Viena de 1815, en este momento no se habla de una carrera diplomática, entendida como una profesión específica en el seno de una Administración estatal.

La segunda etapa significativa, desde el Congreso de Viena hasta el final de la Primera Guerra Mundial, el cambio más significativo que se produjo consistió en la implantación de un auténtico derecho diplomático, cuyas normas eran obligatorias para todos los países. Comienza a perfilar una carrera diplomática como parte sustantiva de la Administración civil del Estado.

Una tercera etapa, desde la Primera Guerra Mundial hasta la actualidad, adquiere mayor carácter de gestión de los asuntos internacionales, hace referencia a los métodos o técnicas de la política exterior que influyen en el sistema internacional, en la conducción de las relaciones exteriores, de administración de los intereses nacionales de los pueblos y sus gobiernos, aunque no siempre fueran pacíficos.

Tradicionalmente, se ha considerado que la política exterior de los Estados tiene dos formas de manifestación, la diplomacia, que apunta a las relaciones pacíficas; y la guerra, que es una relación de conflicto armado. Hasta 1914, se consideraba que la diplomacia era un asunto de la exclusiva competencia de los diplomáticos y la guerra lo era de los militares profesionales.

Desde ese momento se cambia esa actitud, se convierte la política internacional en objeto de preocupación del hombre común, lo que a su vez dio lugar a los primeros intentos de sistematización de los diversos ingredientes de la política internacional.

Gómez de la Torre, (1968), en su libro “Derecho Diplomático” menciona de manera acertada el problema de la Diplomacia en Latinoamérica. La primera parte de este problema es que se confunde la labor del diplomático, posesionando en este cargo a personajes políticos que en no pocas ocasiones carecen de aptitud para el puesto. La segunda fase se dirige a la precaria asistencia económica a las misiones diplomáticas y al desinterés en sus proyectos.

La diplomacia ha venido desempeñando tradicionalmente la tarea de proteger a sus ciudadanos que se encuentran en el Estado receptor (Calduch, 1993). Esta protección se extiende desde la seguridad física, en los supuestos de desórdenes políticos o conflictos bélicos, llegando incluso a coordinar operaciones de evacuación, hasta el asesoramiento jurídico o las gestiones políticas ante las autoridades del país receptor. Pero la función de protección unida a la de representación, posee otro destacado cometido: facilitar el ejercicio de derechos o la gestión de actuaciones jurídico-administrativas ante las autoridades del país acreditante. La misión diplomática, junto con las misiones consulares, se convierten así en órganos de la Administración estatal establecidas en el extranjero.

La base del desarrollo de la diplomacia como ciencia reside, al igual que se ha visto en Derecho Internacional y de la historia internacional, en la configuración de un sistema europeo de Estados y en la perspectiva que hace de los Estados y de la razón de Estado el fin último de tal sistema. Sistema que, en principio, sólo se entiende como instrumento y mecanismo encaminado a preservar y garantizar la existencia de los Estados que lo forman y no como algo dotado en sí mismo de razón de ser.

La diplomacia trataba, pues, de comprender y orientar en toda su extensión, globalmente, las relaciones internacionales. Ni el derecho internacional ni la historia diplomática se fijaban en principio metas tan amplias y ambiciosas. La diplomacia se presenta, así, en el siglo XIX, como la ciencia de las relaciones internacionales, englobando en su seno tanto el derecho internacional como la historia de los tratados y la historia diplomática, si bien su menor audiencia, dado el carácter profesional de los diplomáticos y el hecho de que normalmente no se estudiase en las universidades explica el superior papel que en este aspecto han tenido la historia diplomática y el derecho internacional.

Este papel que la diplomacia desempeña en el camino que lleva a las relaciones internacionales como disciplina científica se quiebra a principios del siglo XX. Las

transformaciones en la sociedad internacional, los nuevos factores actuantes en las relaciones internacionales y la toma de conciencia de la necesidad de estudiar y aprender globalmente la compleja realidad internacional son algunos de los elementos, junto al desarrollo de las ciencias sociales, que originan la configuración de las relaciones internacionales como disciplina científica.

CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE RELACIONES INTERNACIONALES: DEBATE EN DESARROLLO

El concepto de relaciones internacionales, como sucede con otros temas emergentes del campo de las Ciencias Sociales es un concepto en construcción y desarrollo.

En tal sentido resulta ilustrativo lo que aporta Salomón al referirse a los orígenes de esta disciplina: fueron la tradición y las preocupaciones liberales las que impulsaron el nacimiento de las Relaciones Internacionales como disciplina autónoma. Zacher y Matthews (1995: 109-110) han resumido en tres puntos las tesis principales del pensamiento internacionalista-liberal que florecieron en las primeras décadas de este siglo:

- a. La idea de que las relaciones internacionales avanzan hacia una situación de mayor libertad, paz, prosperidad y progreso;
- b. La transformación en las relaciones internacionales está desencadenada por un proceso de modernización desencadenado por los avances científicos y reforzado por la revolución intelectual del liberalismo;
- c. A partir de esos supuestos, el liberalismo insiste en la necesidad de promover la cooperación internacional para avanzar en el objetivo de paz, bienestar y justicia. (Salomón, 2001:5):

¿Cuál es la importancia que tienen las Relaciones Internacionales en el siglo XXI?

Según Alejandro Rodiles (2008), se puede provocar una fragmentación en las Relaciones Internacionales, situación que remediaría por la presencia de la Organización de Naciones Unidas, dando lugar a la creación de un Estado de Derecho Internacional.

Para la doctrina la idea originaria del Estado de Derecho se puede rastrear el concepto en el filósofo alemán Kant, pero, en rigor histórico podemos encontrar el origen en el jurista español Francisco de Vitoria, filósofo cristiano que un siglo antes de la obra de Grocio, expuso sus ideas.

Vitoria es el autor de un famoso informe ante la reina Isabel primera de Castilla que defendió con un gran rigor esclarecedor el hecho de que los aborígenes americanos poseían derechos humanos que debían defenderlos ante los abusos de los conquistadores y de los encomenderos

Referente a la vigencia de las Relaciones Internacionales, como suele ocurrir en todas las disciplinas jurídicas de importancia, no han faltado personas como Wilfred Jenks fundador de la Organización Internacional del Trabajo OIT, quien, tratando de negar la existencia de las Relaciones Internacionales, alegaba que debía de ser sustituido por un Derecho Común de la Humanidad.

Si se analiza el pensamiento de Jenks se verá que en el fondo no se trata de que estuviera en contra de las Relaciones Internacionales sino deseaba la creación de un Derecho Común de la Humanidad, ideal que presupone que todos los pueblos del mundo se unan y admitan la existencia de un Derecho que los atañe a todos, supuesto mucho más difícil de alcanzar por la dificultad de conseguir la unanimidad de todos los pueblos del Orbe, algunos no contactados y que no obstante a ellos deberían de cumplir las normas dictadas por ese Derecho Común.

EDUCACIÓN UNIVERSITARIA ECUATORIANA: CONTEXTO ACTUAL Y RASGOS ESENCIALES

El Ecuador se encuentra enfrascado desde el año 2008, con la aprobación de la nueva Constitución, en un proceso orientado a la transformación del sistema educativo en su totalidad, y como parte de él la educación superior ecuatoriana se encuentra inmersa en dicho proceso.

El objetivo es renovar el sistema y orientarlo a la calidad de la formación y el rigor de manera de que se formen ciudadanos más cultos, más responsable, capaces de asumir enfoques superiores en su desempeño como profesionales de las distintas esferas.

Se trata de repensar la acción pedagógica desde nuevas perspectivas, integradas con la finalidad de construir nuevos escenarios, en busca de equilibrios activos entre el conocimiento, las capacidades y las actitudes de los actores involucrados en la Educación Superior.

La Universidad se le concibe en este nuevo modelo como un inmenso laboratorio en el que permanentemente se analice el pensamiento social y no como una simple fábrica de técnicos.

Los elementos que legitiman el proceso transformador se conformaron de la siguiente manera:

1. Las disposiciones de la Constitución aprobada en el 2008;
2. La Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) que entró en vigencia el 12 de octubre del 2010;
3. El Reglamento General a la LOES (que está vigente desde el 1 de septiembre del 2011);
4. Los Reglamentos Generales que debe aprobar el Consejo de Educación Superior;
5. La normativa, documentación técnica, código de ética y reglamentos que debe aprobar el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la calidad de la Educación Superior (CEAACES);
6. Los estatutos y reglamentos de cada una de las universidades.

Por otra parte, para asuntos específicos se consideran los acuerdos y convenios internacionales para las instituciones de educación superior que operan en el Ecuador bajo estos acuerdos y convenios y que reciben recursos del Estado ecuatoriano.

Asimismo, el *modus vivendi* celebrado entre el Gobierno del Ecuador y la Santa Sede se aplica para las universidades establecidas según dicho acuerdo.

LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

La Constitución del Ecuador es la ley suprema del Estado y con relación a la Educación Superior en el Ecuador expresa lo siguiente:

Artículo 350: El sistema de educación superior tiene como finalidad la formación académica y profesional con visión científica y humanista; la investigación científica y tecnológica; la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los saberes y las culturas; la construcción de soluciones para los problemas del país, en relación con los objetivos del régimen de desarrollo. (Constitución del Ecuador, (CE), 2008)

Como puede observarse, se orienta la educación universitaria en función de su pertinencia, concebida a partir de la respuesta que logra ofrecer a los problemas de la realidad.

En esta misma línea de pensamiento se proyecta el artículo 351, que reza:

El Art. 351: El sistema de educación superior estará articulado al sistema nacional de educación y al Plan Nacional de Desarrollo. La ley establecerá los mecanismos de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva. Este sistema se regirá por los principios de autonomía responsable, cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, integralidad, autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento, en el marco del diálogo de saberes, pensamiento universal y producción científica tecnológica global. (CE, 2008)

Con esta disposición se fortalece la mirada sistémica, llamada a sustituir los enfoques fragmentarios imperantes en años anteriores, en los que cada escuela, instituto y universidad determinaba, con controles mucho menos rigurosos, las materias a impartir, perfiles, y organización de programas y carreras.

Se respeta la autonomía, principio universitario que no puede ser alterado, pero se relaciona con valores de responsabilidad social, en el entendido de que la actuación autónoma se subordina al cumplimiento de los compromisos con la sociedad y el país.

Vale destacar los elementos que se destacan constitucionalmente como rasgos esenciales, definitorios, del sistema de educación superior: “cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, integralidad, autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento, en el marco del diálogo de saberes, pensamiento universal y producción científica tecnológica global”. (CE, 2008).

Como puede advertirse, son elementos definitorios de un nuevo modelo educativo, que responde a concepciones que dan prioridad a lo participativo, a la integralidad de la formación, vale decir: incorporación de sólo de conocimientos y habilidades, sino también de valores, para la formación de ciudadanos responsables y actores protagónicos en la construcción de su futuro.

Se declara igualmente la “autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento”, con lo cual se sigue respetando la autonomía, pero se le articula con el diálogo de saberes, o sea, el respeto a saberes ancestrales y culturas diversas. Y se

destaca la producción científica y tecnológica, dimensión que ganará importancia con el transcurso de los años, hasta llegar al momento actual, en el que se apuesta por el conocimiento para poder lograr el desarrollo armónico e integral que se persigue como objetivo social macro.

En el artículo 352 se explicita el concepto de la educación como bien público, al decir que las “instituciones educativas, sean públicas o particulares, no tendrán fines de lucro” (CE, 2008), lo cual supone una ruptura raigal con las concepciones y modelos anteriores, y con antecedentes de instituciones en el sector educativo que se creaban en años anteriores con el único fin de ganancia y lucro, esto se corresponde con el establecimiento de “la educación superior pública será gratuita hasta el tercer nivel. La gratuidad se vinculará a la responsabilidad académica de las estudiantes”. (Art. 356, CE, 2008).

En el cumplimiento del mandato institucional se han aprobado leyes y reglamentos citados anteriormente que esclarecen en torno a los modos de implementar estos mandatos contenidos en la constitución. En términos de tendencias y conceptos, un cambio radical supone la asunción de la centralidad del sujeto, se asume un modelo educativo centrado en el sujeto que aprende, se centra la atención en el aprendizaje y en las relaciones dialógicas entre docente y discente.

Se suscribe el modelo de la complejidad sistémica, que toma en consideración las diversas dimensiones involucradas en el proceso docente educativo, la interdisciplinariedad, multi y transdisciplinariedad, la interculturalidad y la formación en el respeto al otro y al entorno. (Ley Orgánica de Educación Superior, 2013; Reglamento de Régimen Académico, 2014).

En Ecuador, como en otros países en vías de desarrollo, la educación superior requiere de la aplicación de nuevas técnicas y herramientas de gestión que eleven la calidad de sus productos y servicios, razón que demanda cumplir con pertinencia su encargo social. El desarrollo global de las universidades no solo debe limitarse a establecer competencias entre sus actores sociales, debe estar en correspondencia con sus resultados y con los de las entidades que componen su entorno manteniendo un enfoque proactivo en la sociedad sin ánimos de lucro.

Mantener esta visión requiere constante preocupación por los cambios que se producen en su entorno, estudiarlos para hacer un pronóstico certero e identificar las variables necesarias requiere de acciones en correspondencia con su misión y la transformación de la realidad que les rodea. La problemática actual por lograr la interacción universidad-sociedad, se basa en que las ofertas de las universidades están determinadas por las exigencias en la masificación y reclamo social de participación en el desarrollo económico y no se han integrado y consolidado en su estructura las relaciones con el entorno, con el debido nivel y tipo de investigación a realizar donde sin duda alguna, cobra vital interés el desarrollo de proyectos que promuevan estos intereses.

CONCLUSIONES

El interés académico por comprender mejor a las Relaciones Internacionales como objeto de estudio y que se esté buscando la manera de preparar especialistas cada vez más capacitados para conducirlos en la práctica constituye un enorme reto para la Universidad contemporánea, no basta con pensar que es posible alcanzarlo en aquellas donde no existen programas destinados a este fin desde el pregrado. Es necesario mover el pensamiento a la búsqueda de nuevos proyectos que promuevan esos estudios desde una nueva perspectiva de superación de los profesionales.

La gestión educativa desde la configuración de las relaciones internacionales en función de la integración internacional universitaria, es un paso interesante que sin duda alguna acompañará a los procesos de integración regional de los Estados desde el contexto de formación profesional en las universidades del país. El proyecto que se propone se convierte en una estrategia política que debe ser emprendida por las propias instituciones universitarias, lo que permitirá potenciar sus ventajas y minimizar sus dificultades a partir de un proceso de cooperación horizontal destinado a elevar la calidad de la educación y adecuar sus políticas de investigación y extensión a las necesidades del conjunto.

Los profundos cambios producidos desde esta perspectiva educativa, generan al interior de las instituciones universitarias un sistema de cooperación internacional como el mecanismo apropiado para el mejoramiento de la calidad de la educación, la preocupación por crear las condiciones necesarias para llevar adelante acciones de ese tipo para la formación de líderes con capacidad de construir la paz y un orden de desarrollo igualitario y equitativo, que gestionen los proyectos desde una visión humanista; y creen las bases para educar en pos de la justicia, la paz, la democracia, el desarrollo y la creación y apropiación de la ciencia y de la tecnología.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amuchastegui, M. C., & Sánchez, G. E. E. (2016). Las corporaciones económicas multinacionales, su status jurídico y su incidencia en la política de los Estados. In Iure, 1.
- Asamblea Nacional. (1998), Constitución Política de la República del Ecuador, R.O.# 1, (11 de agosto), Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2008), Constitución Política de la República del Ecuador.
- Barberis, Julio A., 1984. Los Sujetos del Derecho Internacional Actual. Editorial. Tecnos. S.A, Madrid.
- Calduch, R.- Dinámica de la Sociedad Internacional.- Edit. CEURA. Madrid, 1993
- Cohen, R. (1999). Reflections on the New Global Diplomacy [Innovation in Diplomatic Practice, Studies in Diplomacy]. MacMillanPressLtd, Londres.
- García Donoso, Paulina: El Ecuador en la Cuenca del Pacífico. Posibilidades de ingreso al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). Revista AFESE, 2017, vol. 49, no 49.
- Gómez De La Torre, J. (1968). Derecho Diplomático. Don Bosco. Quito.

- Halliday, F. (2002) Las relaciones internacionales en un mundo en transformación. Editorial Los Libros de la Catarata, Madrid.
- Ley Orgánica de Educación Superior. (2010). 2 (298), Quito, Ecuador.
- Nicolson, H. (1995). La Diplomacia. FCE, México.
- Palomares Lerma, G. “Hegemonía y cambio en la teoría de las relaciones internacionales”, Revista CIDOB d’Afers Internacionals, 22, 1991, pp. 19-51.
- Salomón G. Mónica. (2002). “La teoría de las relaciones internacionales en los albores del Siglo XXI: Diálogo, Disidencia, Aproximaciones”, Revista CIDOB d’Afers Internacionals, no. 56, pp. 7-52.
- Theory. Nueva York: St. Martin’s Press, 1995, pp. 108-126.
- Zacher, M. W. y Matthew R. A. “Liberal International Theory: Common Threads, Divergent Strands”. En: KEGLEY, Ch. (ed.), Controversies in International Relations
- ZIMMERN, A. The Study of International Relations. Oxford: Clarendon Press, 1931.

LA INICIATIVA YASUNI ITT COMO INNOVACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR

THE YASUNI ITT INITIATIVE AS A SOCIAL INNOVATION IN ECUADOR

JAIME LENIN HURTADO ANGULO¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

RESUMEN

Como consecuencia de la sobreexplotación de los recursos naturales no renovables, se han producido modificaciones en el clima en todo el mundo, produciendo el llamado "efecto invernadero", ante el cual, muchos ciudadanos exigen a sus gobiernos tomar acciones concretas que disminuyan la emanación de los gases que producen los efectos indicados.

En el Ecuador, siempre empujado por la movilización de importantes sectores de la Sociedad Civil, el gobierno nacional, le propuso a la comunidad internacional la Iniciativa Yasuní ITT, mediante la cual, el Estado ecuatoriano, se compromete a no explotar las probadas reservas de hidrocarburos existentes en el parque nacional Yasuní, un sitio de una alta concentración de biodiversidad única en el mundo, a cambio de una compensación económica equivalente al cincuenta por ciento del valor total que obtendría por tal explotación, es decir, aproximadamente USD 3.500 millones. Tal iniciativa se inició en el año 2007 y el gobierno nacional la dio por fallida el 13 de agosto de 2013, señalando que no tuvo la respuesta esperada de la comunidad internacional y que resolvía la explotación de una extensión aproximada de diez kilómetros cuadrados.

La iniciativa descrita, constituye sin sombra de dudas, un ensayo de innovación social, habida cuenta del beneficio que implica no sólo para la naturaleza, sino y sobre todo para los pueblos en aislamiento voluntario que habitan la zona y cuya existencia misma se ve amenazada ante la ampliación de la frontera de explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana.

PALABRAS CLAVE: Innovación social, Yasuní ITT, pueblos en aislamiento voluntario

ABSTRACT

Due to the over exploitation of natural non-renewable resources, weather alterations have taken place all over the world producing the greenhouse effect, given the situation, many citizens demand the government to take solid actions in order to decrease the emanation of gases responsible of such situation.

In Ecuador, always pushed for the demands of important movements of the civil society, the national government proposed the Yasuni ITT initiative to the international community, to keep proved oil reserves underground of the Yasuni National Park, a highly concentrated in biodiversity spot, in exchange of economic compensation of fifty percent the total profit that the country would get for the exploitation, that is to say, about 3.5 billons dollars.

That initiative began in 2007 and the national government declared it failed in august 13th of 2013, claiming that the international community didn't response as the country expected, and for that reason, had no other choice but to start exploiting a spot of 10 Km². This described initiative is without any doubt a social innovation essay, because of the benefit that is implied, not only for nature, but specially for the self isolated people that inhabit that zone, and whose existence face serious threat for the extension of the oil exploitation frontier.

KEYWORDS: social innovation, Yasuni ITT, self-isolated people.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está basado en la Guía Evaluativa No. 7, es decir, nos proponemos exponer un ejemplo de innovación social, señalando sus condicionantes y alcances sociales.

El Ecuador es un país que ha subsistido tradicionalmente de la producción y la exportación de commodities y, más recientemente, de la exportación de petróleo y sus derivados, que ha representado en algunos momentos hasta el 66% de las exportaciones totales y ha tenido un peso en el Presupuesto General del Estado de aproximadamente el 59% de sus ingresos. Esa realidad ha empujado a sucesivos gobiernos a sobre depender de tales fuentes de ingresos, postergando el desarrollo en armonía con la naturaleza, olvidándose del principio de solidaridad intra e intergeneracional, pues la explotación petrolera ha provocado daños ambientales irreversibles en los sectores en los que se asientan los principales campos de explotación, principalmente en las provincias amazónicas de Sucumbíos y Napo, afectando la calidad de vida de sus pobladores y profundizando la pobreza.

Recientemente, los pobladores de las principales metrópolis del país, han tomado conciencia de los efectos que la explotación de hidrocarburos provoca en sectores con enorme capital en biodiversidad, en momentos en los que el mundo lamenta los efectos del cambio climático en gran medida producidos por un modelo de desarrollo que ha producido niveles importantes de bienestar, pero sólo para una minoría de la población mundial en detrimento de la mayoría y de la depredación de la naturaleza.

Una vez que en el Ecuador, en el año 2008, entró en vigencia la Constitución que hoy rige, se estableció un modelo de desarrollo que en esencia debe respetar los derechos de la Naturaleza reconociéndonos, como seres humanos, parte integrante de ella; se expresa en el artículo 71 que ésta tiene derecho a: "...que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos" (Constitución del Ecuador, (CE), 2008)

Con lo brevemente expuesto supra, justificamos la importancia de establecer que la Iniciativa Yasuní ITT, es una salida socialmente innovadora que merece sostenerse pese a la falta de respuesta de la comunidad internacional y de las fallas en su difusión, como una alternativa que no sólo permitiría la preservación de una zona con una diversidad biológica única en el mundo, sino por un lado, ayudar al cambio de la matriz energética del país que nos permitiría emprender el camino del desarrollo sostenible, única forma viable de alcanzar los niveles de bienestar en armonía con la naturaleza, tal como lo plantea la Constitución, es decir el Sumak Kawsay; y, por otro, la posibilidad de replicarla en otros sectores con similares características y necesidad de preservación de zonas con enorme capital ambiental.

Este trabajo, propondrá inicialmente la discusión de las definiciones de Innovación, en términos generales, luego la Innovación Social, de manera particular, para luego abordar el tema del desarrollo sostenible o sustentable, sólo entonces estaremos en condiciones de describir la Iniciativa Yasuní ITT, sus fundamentos, su promoción internacional, las causas aparentes de su fracaso y las alternativas que propone la necesidad de insistir en la protección de un sector que la humanidad reconoce como una de las últimas reservas de biósfera del planeta.

Finalmente se propondrán nuestras conclusiones y, de ser el caso, esperamos que algunas recomendaciones.

LA APUESTA POR LA INNOVACIÓN EN EL ECUADOR

El Ecuador es un país que pugna por avanzar hacia el desarrollo, entendido éste como un estado de bienestar que llegue a los más amplios sectores del país, reconociendo al mismo tiempo que lo poco que se ha logrado, sólo ha beneficiado a un sector reducido de la población, por lo tanto, se requiere usar los escasos recursos con los que se cuenta para lograr el estado de bienestar (buen vivir) que propone la Constitución de la República como un eje que transversaliza el modelo de desarrollo que propone, es decir se requiere aplicar una política de innovación, que permita además disminuir la evidente injusticia en la distribución de la riqueza.

LA ESTRATEGIA DE INNOVAR PARA DESARROLLARSE

“La innovación es el proceso mediante el cual el conocimiento nuevo o existente se convierte en valor para beneficio de los individuos, grupos o comunidades. La innovación es un proceso tanto técnico como social y económico, que conduce a un producto o proceso” (Edquist, 1997; Lundvall, 1992; Johnson et al., 2003). Las actividades de innovación pueden dar como resultado un producto nuevo o mejorado (o una variedad de producto) que se ofrece para consumo. El producto puede ser un bien nuevo (material) o un servicio nuevo (intangible). Una innovación también puede dar como resultado un nuevo proceso o forma de producir bienes y servicios. Un proceso nuevo o mejorado puede ser material (un proceso tecnológico) o intangible (un proce-

so organizacional). El Manual de Oslo define la innovación como «la implementación de un proceso (bien o servicio) o proceso nuevo, o significativamente mejorado, un nuevo método de comercialización o un nuevo método organizacional en prácticas comerciales, en la organización del lugar de trabajo o en la relaciones exteriores» (OECD/Eurostat, p. 46)”¹

Existe innovación cuando, con los mismos recursos con los que se ha contado, se obtienen, de nuevos procedimiento o prácticas, resultados diferentes. Con gran frecuencia innovar en un sector de la economía de un país, no es suficiente, se requiere de la implementación de políticas de innovación que permitan articular innovaciones en diferentes sectores que promuevan un objetivo concreto y único. “Si bien las políticas de innovación suelen ser puestas bajo la responsabilidad de los organismos de ciencia y tecnología, su implementación requiere un tratamiento horizontal de colaboración entre varios ámbitos ministeriales. Siguiendo esta idea de horizontalidad, durante los años noventa una amplia producción bibliográfica desarrolló el concepto de «sistemas de innovación». Esta idea pone sobre la mesa que la innovación es un hecho social, que involucra distintos actores e instituciones capaces de articularse positivamente en círculos virtuosos, reforzándose unos con otros en la promoción de los procesos de aprendizaje e innovación. Desde cierta perspectiva, el ámbito de estos sistemas está constituido por actores capaces de generar condiciones a nivel del país; a esto se refiere la expresión «sistema nacional de innovación»”²

La expresión “sistemas de innovación” guarda relación con la idea de iniciativas diferentes y puede que hasta independientes, pero que están orientadas al cumplimiento de un objetivo común y consecuentemente se quiera o no, constituyen una unidad. Para que exista un sistema de innovación se requiere que se haya planteado inicialmente claramente un objetivo. En el caso del Ecuador, el objetivo de desarrollo sostenible o sustentable, que respete los derechos otorgados expresamente a la naturaleza, es el objetivo que orienta los sistema de innovación que se pueden concebir para lograr el buen vivir.

Para el investigador social, Mario Albornoz, los sistemas de innovación, constituyen expresiones multilaterales que tienen como fin último enfrentar y resolver un problema social: “En un intento por ampliar el marco conceptual del fenómeno innovador y superar la óptica exclusivamente económica, se apeló a la teoría de sistemas para analizar el proceso de creación, transferencia y aplicación del conocimiento tecnológico. Se desarrolló así el concepto de «sistema de innovación». En ciertos casos, el ámbito

¹ KRAEMER-MBULA, Erika La innovación y la agenda de desarrollo. Foro Consultivo Científico y Tecnológico, en Estrategia de Innovación de la OCDE, p. 44.

² ALBORNOZ, Mario. La ciencia, la tecnología y la innovación en Iberoamérica. Prólogo de El estado de la ciencia 2011, Principales indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericanos / Interamericanos, RICYT, Buenos Aires. URL: <http://www.ricyt.org/files/edlc2011/0.0.pdf>

del sistema es considerado como correlativo al de la nación, no solamente en sentido territorial, sino también como espacio normativo, político y económico; en tales casos se habla de la existencia de un «sistema nacional de innovación». En otros casos, el sistema de innovación puede desplegarse en el ámbito de distintos espacios sociales, independientemente de las fronteras nacionales. En tal caso, muchos autores prefieren referirse, en forma genérica, al concepto de «sistema social o local de innovación».³

INNOVACIÓN SOCIAL

Dentro de los sistemas de innovación, se destaca nítidamente aquella con características sociales o innovaciones en el campo social, esto es, la innovación social. Esta idea se contrapone a la concepción primaria de la innovación que la ubica como un valor económico o empresarial. «La innovación social, en cambio, ha de referirse a valores sociales, por ejemplo, el bienestar, la calidad de vida, la inclusión social, la solidaridad, la participación ciudadana, la calidad medioambiental, la atención sanitaria, la eficiencia de los servicios públicos o el nivel educativo de una sociedad»⁴

Se debe destacar que el concepto surge en los países desarrollados, respondiendo a su realidad concreta, en consecuencia, la aplicación del concepto en nuestros países (en vías de desarrollo) requiere un esfuerzo de adaptación a una realidad muy diferente. «El concepto de sistema de innovación se ha utilizado en Iberoamérica como marco de referencia para entender, diseñar y aplicar políticas que influyan sobre la dinámica de la innovación en un territorio. Su utilización se ha centrado en la «aplicabilidad» más que en la conceptualización: la escasez de literatura iberoamericana sobre los aspectos teóricos de la innovación en el contexto local puede dar a entender que este marco ha sido aceptado como válido sin mayores consideraciones sobre su idoneidad para los países iberoamericanos. Se ha señalado que el concepto ha tenido un tratamiento «ex – post» cuando se ha empleado en los estudios de regiones de países desarrollados. Es decir, se ha ido forjando a partir de estudios empíricos. En cambio la utilización del concepto en Iberoamérica ha supuesto un tratamiento «ex – ante» del mismo, ya que el comportamiento socioeconómico asociado con la innovación tiene, en gran parte de los países de esta región, un carácter escasamente sistémico y la manera de llevar a cabo la innovación en la empresas sigue patrones muy diferentes a las de las regiones desarrolladas...»⁵

³ ALBORNOZ, Mario, et. al, Ciencia, Tecnología e Innovación para el desarrollo y la cohesión social, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Madrid – 2014, p 63.

⁴ ECHEVERRÍA, Javier. El Manual de Oslo y la Innovación Social, en: <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/210/211>, consultado el 2 de diciembre del 2015 a las 21H30

⁵ ALBORNOZ, Mario, et. al, Op. Cit, p. 64

FACTORES DE LA INNOVACIÓN SOCIAL

En toda innovación en el campo social, se identifican factores que posibilitan o, por lo menos facilitan, la estructuración de la innovación. Tales factores son: endógenos y exógenos.

FACTORES ENDÓGENOS

Entre los factores endógenos, se proponen: la promoción de la innovación, es decir, la comunidad en la que se implementará eventualmente, debe estar convencida que, a partir de un determinado proceso innovador, se obtendrá un mecanismo de solución al problema concreto, la comunidad debe apropiarse de la innovación resultado de tal proceso y, la única forma de lograr tal objetivo es cuando se está convencido que ese, el camino trazado, es el correcto.

De otro lado, como factor endógeno de innovación en el campo social, se distingue, la identificación del problema, esto es, la identificación de la situación que se busca cambiar, todo ello mediante una descripción detallada de las causas que originan el problema, las ventajas y desventajas del eventual cambio.

Finalmente, todo proceso de innovación en el campo social requiere, como factor endógeno, de un fuerte liderazgo debido a que se trata de acciones que requieren de participación de la comunidad. Tal liderazgo puede ser ejercido directamente o por medio de una organización.

FACTORES EXÓGENOS

En cuando los factores exógenos, en primer lugar se requieren alianzas de diversos actores de innovación. Como ya se sostuvo supra, lo que usualmente se implementan, son sistemas de innovación, lo que implica, diversas innovaciones, provenientes de diversos sectores, todos los cuales requieren articulación y coordinación de acciones. “Para que se produzca el escalamiento de las innovaciones hasta los niveles de política pública, es preciso que los innovadores entren en contacto directo y sistemático con los gestores de políticas, que intercambien experiencias y lecciones aprendidas, y que crezcan en comprensión recíproca...”⁶

Es preciso, como factor exógeno, la participación del sector público para que extienda los efectos de la innovación en el campo social a la mayor escala posible, habida cuenta de los efectos perseguidos por este tipo de innovaciones.

También se considera parte de los factores exógenos, la participación de un representante de la comunidad, el llamado facilitador. Resulta importante su participación, pues nunca se debe soslayar el aporte de conocimientos de la comunidad, ese hecho ayuda en el proceso de apropiación de la innovación por parte de ella.

⁶ RODRÍGUEZ HERRERA, Adolfo; UGARTE ALVARADO, Hernán. Claves de la innovación social en América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, Santiago de Chile – 2008, p.33.

Finalmente, se propone incentivos. “Las innovaciones que se originan y difunden en el circuito mercantil tienen por incentivo la ganancia, intrínseca al sistema de precios. En el caso de las innovaciones sociales el incentivo va mucho más allá. Además de las consecuencias materiales que puedan tener sobre la calidad de vida de los beneficiarios, existe un valor intangible e incalculable, el de una esperanza o una dignidad recuperada, la certidumbre de que los seres humanos no están tan abandonados y de que un mundo mejor, fundado en la solidaridad y la cooperación, siempre es posible”⁷

LA INNOVACIÓN SOCIAL Y EL DESARROLLO SUSTENTABLE EN EL ECUADOR

Desde el punto de vista de que la innovación social puede ser derivada de políticas públicas de innovación, ésta puede ser resultado de iniciativas gubernamentales orientadas a la solución de problemas de la población en relación al acceso a servicios de calidad en materia de salud, educación, saneamiento ambiental, etc. En el Ecuador, se ha establecido como deber primordial del Estado, la promoción del desarrollo sustentable, es decir, aquel concebido para estar en armonía con la naturaleza, de manera tal que se oriente a alcanzar el buen vivir (Art. 3.5 CRE). El desarrollo sostenible o sustentable, como su nombre sugiere, es aquel que se produce con responsabilidad intergeneracional, “el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁸

En un hecho sin precedentes, el Ecuador proclamó que la naturaleza tiene derechos, los cuales están establecidos en la Constitución de la República. Tal enunciado es un reflejo de la realidad del Ecuador actual, en donde la población ha tomado conciencia de la fragilidad de la naturaleza y nos reconocemos como enormemente dependientes de su preservación al adoptar como eje fundamental de nuestra definición como país, a partir de su vigencia, el que no podemos pretender desarrollarnos a costa de la depredación de la naturaleza, pues a largo plazo, esta actitud se evidenciaría como suicida. Es en ese contexto que se concibe un proyecto de innovación en el campo social, mediante el cual se pretende preservar un espacio de enorme riqueza en biodiversidad, al tiempo de obtener de la comunidad internacional, los recursos para procurar el desarrollo sostenible, avanzando en el cambio de la matriz productiva y la energética y el combate a la pobreza en sectores a los que se los ha denominado “la periferia de la periferia”, por el grado de postergación que sufre su población.

⁷ Ídem, p. 34.

⁸ GÓMEZ DE SEGURA, Roberto. Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis, p. 16; descargado de: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0686956.pdf>, el 6 de diciembre del 2015, a las 19H30.

INICIATIVA YASUNÍ - ITT

ANTECEDENTES

El Ecuador ha sido tradicionalmente productor de bienes primarios, con escaso o nulo valor agregado. Esa realidad se acentuó a inicios de la década de los 70 del siglo pasado, cuando se inició formalmente la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana y se afirmó que con ello se aseguraba el acelerado avance del país hacia el desarrollo. Tras más de cuarenta años de la inauguración de la explotación petrolera en el Ecuador, la dependencia del petróleo ha provocado un estancamiento de los demás sectores de la economía, ello sumado al enorme deterioro ambiental que la explotación petrolera tiene implícito de manera directa, al haber afectado el suelo con los continuos derrames y la disposición irresponsables de los desechos industriales; el aire y, desde luego el agua, al comprometer sus fuentes; e, indirectamente, al requerir la tala de bosques, la construcción de caminos, la colonización acelerada, etc.; todo lo anterior ha hecho insostenible la continuidad de un modelo extractivista (primario – exportador) que depreda el ambiente, sin lograr un equitativo desarrollo de la población, por lo que se promueve desde las diferentes instancias de la sociedad civil, un cambio en el modelo que promueva el uso de energías alternativas renovables, que nos prepare para el hecho cierto del agotamiento de los recursos no renovables e inicie la diversificación de la economía del país.

Contrariamente a lo que se sostiene con reiteración, el hecho de que se insista en mantener al Ecuador como una economía primario – exportadora, ha provocado que se profundice la desigualdad y la pobreza que lleva aparejada. “La realidad de una economía primario – exportadora de recursos petroleros y/o minerales preferentemente, es decir exportadora de naturaleza, se refleja además en un escaso interés por invertir en el mercado interno. Esto redundo en una limitada integración del sector exportador con la producción nacional. No hubo los incentivos que permitan desarrollar y diversificar la producción interna, vinculándola a los procesos exportadores, que a su vez deberían transformar los recursos naturales en bienes de mayor valor agregado.

Esta situación es explicable por lo relativamente fácil que resulta obtener ventaja de la generosa naturaleza y de una mano de obra barata. Explicable quizás, pero de ninguna manera justificable, en la medida en que el beneficio de estas actividades va a las economías ricas, importadoras de estos recursos, que luego sacan un provecho mayor procesándolos y comercializando productos terminados. Mientras tanto los países exportadores de bienes primarios, reciben una mínima participación de la renta minera o petrolera y son los que cargan con el peso de los pasivos ambientales y sociales”⁹

El criterio señalado ha sido adoptado, como política de Estado, al incorporárselo en el Plan Nacional de Desarrollo, en los siguientes términos: “La estrategia de acumulación de riqueza mediante actividades productivas sustentables requiere que la transforma-

⁹ ACOSTA, Alberto. La Maldición de la Abundancia, 1ª edición, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009, p. 27

ción de la matriz productiva se enmarque en un contexto de respeto a los derechos de la naturaleza y de justicia intergeneracional. Si bien la acumulación de la riqueza, en primera instancia, va a depender de los procesos extractivos, la estrategia busca que el impulso de nuevas industrias no contaminantes y la diversificación de las exportaciones basadas en bioproductos y servicios ecológicos, disminuyan significativamente la presión sobre el medio ambiente a largo plazo”

Hoy nadie discute que el petróleo, lejos de haberse constituido en factor de desarrollo, dio sólo lugar al enriquecimiento de las transnacionales a las que se les otorgó el impulso de la industria. “Desde 1972 el petróleo se convirtió en el eje central de la economía de Ecuador y continúa manteniendo una importancia fundamental. En efecto, los hidrocarburos representan el 53% de las exportaciones totales del país y las rentas petroleras han financiado en promedio el 26% de los ingresos del Estado entre 2000 y 2007. La dependencia del petróleo, sin embargo, ha conducido a graves problemas económicos, sociales y ambientales. El crecimiento del ingreso por habitante entre 1982 y 2007 apenas ha alcanzado el 0,7% anual. La pobreza afecta al 38% de la población nacional y el 13% se encuentra en situación de extrema pobreza. El 53% de la fuerza de trabajo se encuentra subempleada y el desempleo alcanza el 8%. La explotación petrolera ha conducido a un significativo deterioro ambiental en la Amazonía. La deforestación afecta a 198.000 hectáreas por año, con una tasa anual de 1,4%, una de las más altas en América Latina”¹⁰

La fragilidad de una economía dependiente de la explotación de combustibles fósiles, ha quedado evidenciada, por lo menos, como inadecuada, cuando asistimos al desplome del precio internacional del barril de petróleo, lo que ha provocado enormes déficits en los presupuestos de los países exportadores del hidrocarburo, por lo que ahora ni siquiera cabe el supuesto dilema de “la naturaleza o el desarrollo” que se le proponía a nuestros pueblos para justificar el extractivismo depredador. “La dependencia de los mercados foráneos, aunque parezca paradójico, es aún más marcada en épocas de crisis. Todos o casi todos los países cuya economía está atada a la exportación de recursos primarios, caen en la trampa de forzar las tasas de extracción de dichos recursos. En realidad termina por beneficiar a los países centrales: un mayor suministro de materias primas –petróleo, minerales o alimentos– en épocas de precios deprimidos ocasiona una reducción mayor de precios...”¹¹

LA PROPUESTA

Como se ha señalado previamente, el Ecuador es un país reconocido como megadiverso, es decir, concentra una enorme cantidad de biodiversidad, en una extensión territorial relativamente pequeña. Gran parte de la biodiversidad existente, se concentra en el

¹⁰ LARREA, Carlos, et al, Yasuní – ITT, Una iniciativa para Cambiar la Historia. p. 25, descargado de: <http://www.campusvirtual.uasb.edu.ec/uisa/images/yasuni/documentos/2011%20itt%20folleto%20esp.pdf> el 13 de diciembre del 2015, a las 16h20

¹¹ ACOSTA, Alberto, Op. Cit, p. 29

Parque Nacional Yasuní¹², que constituye la mayor reserva protegida en el Ecuador continental, se extiende por aproximadamente 982.000 hectáreas a través de tres de las provincias amazónicas ecuatorianas, esto es, Orellana, Pastaza y Napo. La UNESCO, reconociendo su enorme valor ambiental, lo declaró en 1989, como reserva de biosfera. “El Yasuní es de fundamental importancia para la conservación global, debido a que es una de las pocas «áreas protegidas estrictas» (Parques Nacionales de IUCN Categoría II) en la región de la Amazonía Occidental, además ha sido declarado por la WWF como una de las 200 ecoregiones prioritarias más importantes para proteger en el mundo y la WildLife Conservation Society (WCS) escogió al Yasuní para su eminente Programa de los Paisajes Vivientes.

Esta maravilla de la naturaleza se encuentra en el llamado Refugio del Pleistoceno Napo, desde hace 1.64 millones de años, un espacio de vida formado durante los cambios climáticos del período cuaternario, en el que hubo una alteración entre climas secos y húmedos, donde las selvas amazónicas crecían o se encogían. En los períodos secos se formaron islas de vegetación que sirvieron de refugio de especies de flora y fauna, y que constituyeron centros de formación de nuevas especies. Una de estas islas estuvo ubicada en la Amazonía Ecuatoriana, en lo que ha sido declarado Parque Nacional Yasuní¹³

Paradójicamente, bajo tanta biodiversidad, se ubica también una de las mayores reservas de hidrocarburos del Ecuador, que aumentaría significativamente los ingresos del Estado, no sin una enorme afectación ambiental, además de ser el lugar en el que habitan por lo menos dos grupos de la nacionalidad Waorani (Tagaeri y Taromenane) en aislamiento voluntario; tales reservas se ubican en el llamado bloque 43 del mapa catastral petrolero del país, compuestos por los campos: Inshpingo, Tambococha y Tiputini. Por tales razones se demanda del Estado la implementación de políticas de innovación social que permitan el desarrollo sustentable de dicho sector, es decir, sin desmedro de los derechos de la naturaleza. Tal es el marco de origen de la Iniciativa Yasuní-ITT.

El gobierno ecuatoriano ha proclamado la necesidad del cambio de la matriz productiva, así como la matriz energética, como alternativa al extractivismo, es decir al modelo primario - exportador. Ha insistido en la necesidad de obtener los recursos que el desarrollo demanda a partir de la explotación de los recursos naturales no renovables, es decir: propone la paradoja de: profundizar el extractivismo para salir de él. “En la matriz productiva se asienta la esencia de la realidad económica y social de los países. Para el Ecuador, su transformación se vuelve la acción primordial que permitirá resolver

¹² “El Yasuní es un Parque Nacional, y está ubicado en la región amazónica, dentro de las provincias de Pastaza y Orellana. Cuenta con 982.000 hectáreas, como las provincias de Pichincha y Esmeraldas juntas. En 1979 fue declarado Parque Nacional. En 1989, un área aún mayor del Parque, fue declarada Reserva de la Biósfera por la UNESCO, por su riqueza natural y cultural” Tomado de <http://sitio.yasunidos.org/es/yasuni-itt.html> el 31 de octubre del 2015 a las 11H00

¹³ <http://www.orellana.gob.ec/turismo/campana-yasuni/79-parque-nacional-yasuni.html>. Consultado el 13 de diciembre del 2015, a las 16h06

el desempleo, la pobreza y la inequidad. (...) El cambio de la matriz productiva debe asentarse en el impulso de los sectores estratégicos en la redefinición de la composición de la oferta de bienes y servicios, orientada hacia la diversificación productiva basada en la incorporación de valor agregado, en el impulso a las exportaciones y su expansión en productos y destinos, en la sustitución de importaciones, en la inclusión de actores, en la desconcentración de la producción de los polos actuales hacia los territorios, y en la mejora continua de la productividad y la competitividad, de forma transversal en todos los sectores de la economía”¹⁴

Podemos fácilmente advertir que el objetivo de lograr abandonar un modelo primario exportador, que sacrifique la naturaleza, hacia uno donde se privilegie la convivencia armónica con ella, renunciando paulatinamente a la explotación de los recursos naturales no renovables, no es para nada sencillo, requiere decisión política basada en el convencimiento de que el modelo que se ha seguido hasta ahora es insostenible económica y ambientalmente y, por otro lado, la población debe apropiarse del principio del desarrollo sostenible, tal como fue definido supra, sólo así se puede asegurar, en alguna medida, el éxito de tal empeño.

El problema de dicho enfoque es que seguimos, como país, dependiendo de los recursos de la naturaleza para, en última instancia, abandonar el modelo cuando hayamos acumulado suficientes recursos para financiar la adopción de un modelo sustentable ambientalmente hablando, por lo tanto entramos en un callejón sin salida, cuyas consecuencias serán que seguiremos siendo dependientes de este modelo primario – exportador, causante en gran medida del atraso del país. “En el caso ecuatoriano, justifica esta nueva intensidad en la explotación como parte de su plan para salir de manera ordenada de la economía extractivista, mediante un proceso de transición establecido en cuatro fases, de acuerdo al Plan Nacional para el Buen Vivir: i) acumulación para la transición y profundización de la redistribución, ii) distribución en la acumulación y sustitución selectiva de importaciones; iii) consolidación de la sustitución de importaciones y distribución de la acumulación, por lo que persiste la dependencia de los bienes primarios para sostener la economía en una estrategia orientada a construir en el medio y largo plazo una «sociedad de bioconocimiento y de servicios ecoturísticos comunitarios»-”¹⁵

“La Iniciativa Yasuní-ITT nació oficialmente en el 2007, cuando el Gobierno ecuatoriano propuso a la comunidad internacional no explotar el petróleo del bloque ITT, localizado en el Parque Nacional Yasuní, a cambio de obtener una compensación monetaria internacional equivalente al menos al 50% de los recursos que el Estado percibiría con su explotación. En otras palabras, el Gobierno se comprometía a dejar bajo tierra los 846 millones de barriles de petróleo de este yacimiento, equivalentes a aproximadamente

¹⁴ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo –Senplades, 2013. Op. Cit, p. 73

¹⁵ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo –Senplades, 2009. Plan Nacional del Buen Vivir 2009 – 2013, p. 96

el 20% de las reservas conocidas del país, si la comunidad internacional aportaba 3.600 millones de dólares en un período de 13 años.

Las contribuciones así obtenidas serían utilizadas, -se afirmó-, únicamente para cinco tipos de proyectos: (1) energías renovables; (2) incremento de eficiencia energética; (3) reforestación, forestación y restauración de áreas forestales; (4) desarrollo social en las zonas de influencia de la Iniciativa; y (5) investigación y desarrollo en ciencia y tecnología en temas de energías renovables, desarrollo sostenible y conservación (Larrea, 2009).¹⁶

La Iniciativa fue promovida a nivel internacional como una innovadora manera de combatir el cambio climático y de conservar la biodiversidad excepcional de la zona pero también de proteger a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario (Tagaeri y Taromenane) que habitan el parque (Larrea, 2009)”

Sin duda alguna, la iniciativa Yasuní ITT, constituye un ensayo de innovación social, en la medida que tiende a mejorar las condiciones de vida de la comunidad, al proponer una medida concreta tendente a producir una menor cantidad de emisiones de gases provocados por la quema de combustibles fósiles, generar los recursos que servirían para la implementación de políticas de promoción de las condiciones de vida de la población de los sectores en los que existe la posibilidad de explotación de recursos naturales no renovables y, en última instancia, se beneficia todo el país, cuando se invierten recursos en la investigación y desarrollo de tecnologías limpias, en el sentido ambiental del término.

En lo relacionado a los factores endógenos de la innovación social, podemos identificar sin dificultad, a la promoción. Hubo una masiva promoción de la iniciativa, desde que ésta fue apropiada por gran parte de la población que la identificó como una alternativa al extractivismo, así como un mecanismo de preservar un sector con una enorme biodiversidad como el Parque Nacional Yasuní. Asimismo, se identificó plenamente el problema relacionado con el peligro inminente de extinción de una gran cantidad de especies de plantas y animales únicos en el Planeta y la supervivencia de comunidades en aislamiento voluntario como los dos grupos Waorani (Tagaeris y Taromenanes); el liderazgo, que como factor endógeno requiere toda innovación social, lo ejercieron muchos actores, tanto desde el sector público como el privado.

En cuanto los factores exógenos de la Iniciativa Yasuní ITT, como innovación social, podemos distinguir, las alianzas entre el sector público y el privado, esto desde la misma concepción de la iniciativa; tal alianza incluso llegó a trascender las fronteras nacionales, pues una buena parte del diseño de la misma, estuvo orientada a la activa participación de la comunidad internacional. Sin lugar a dudas, el discurso que el gobierno nacional articuló alrededor de la iniciativa, desde su propuesta en el seno de las

¹⁶ <http://qwww.plataformaenergetica.org/content/35791?page=3>, Consultado el 13 de diciembre del 2015, a las 16H50

Naciones Unidas, constituyó el mejor mecanismo inicial para su visibilización, pese a que con posterioridad, tal discurso se volvió ambiguo y conspiró finalmente para su fracaso. Finalmente, los incentivos internos y externos, constituyen una parte importante de la iniciativa, tanto para los eventuales aportantes, como para el gobierno nacional y la comunidad en general.

ALGUNAS DE LAS RAZONES DEL FRACASO DE LA INICIATIVA YASUNÍ ITT

El 15 de agosto del 2014, en cadena nacional de radio y televisión, el expresidente de la República, Dr. Rafael Correa Delgado, anunció al mundo el fracaso de la Iniciativa Yasuní ITT¹⁷ y, consecuentemente, el inicio de los procedimientos para la explotación de hidrocarburos en una parte del Parque Nacional que, según lo expresado por el expresidente, no alcanzaría al 1% de la superficie total. No se podría precisar taxativamente, desde un análisis responsable, las razones para el fracaso de una iniciativa que, vista desde todos los ángulos, le propuso al mundo, una innovadora visión de desarrollo sostenible. Trataremos de expresar – en la medida de lo posible – objetivamente, algunos de los motivos de dicho fracaso.

En primer lugar, desde un inicio, se incorporó al discurso oficial, la existencia de un Plan B, en el evento de fracasar la iniciativa, es decir, si la comunidad internacional, no aportaba lo esperado para evitar la explotación. Tal actitud oficial, envió un mensaje equivocado, vale decir, Ecuador no está tan comprometido como se afirma, en la preservación de su biodiversidad, cuando están bien dispuestos a seguir la senda de destrucción que el desarrollismo ha producido en los países autocalificados como industrializados. Mientras desde la Constitución de Montecristi (2008) en actual vigencia, se establecieron derechos para la naturaleza y en ese contexto se le proponía al mundo la iniciativa Yasuní ITT, para la preservación de la biodiversidad en el Parque Yasuní; en otros sectores del país se iniciaban rondas de negociaciones de nuevos bloques petroleros o se anunciaba el inicio de la minería a cielo abierto a gran escala. Ese ambiguo discurso oficial, creó dudas en torno a la sinceridad del discurso del Ecuador en relación a la preservación de su biodiversidad¹⁸.

El proyecto propuso la creación de un fideicomiso administrado por la comunidad internacional, de manera que se asegurara el cumplimiento de los fines de los recursos que se proponía recaudar, pero el gobierno adoptó el manido argumento de la soberanía para demandar un mayor control sobre los fondos, de aquel que inicialmente había indicado. Compartimos el criterio de que no se estaba pidiendo una dádiva, pero el que la comunidad internacional lo asumiera como un compromiso moral con el Planeta,

¹⁷ Ver: Correa Delgado, Rafael. Anuncio a la Nación, Iniciativa Yasuní ITT. <http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/08/2013-08-15-AnuncioYasuni.pdf>.

¹⁸ Cfr: MANTILLA, Sebastián. El Fracaso del Yasuní. <http://www.elcomercio.com/opinion/fracaso-del-yasuni.html>

requería demostrar un compromiso mucho mayor que el que se mostró por parte de las autoridades del gobierno ecuatoriano¹⁹.

Muy probablemente, la inclusión de personas en la comisión formada para la difusión del proyecto en la comunidad internacional, no tenían la suficiente autoridad moral como defensores de la naturaleza y el desarrollo alternativo, como para convencer de lo adecuado de la propuesta, es otra de las causas para generar suspicacias en los eventuales aportantes de la Iniciativa.

Nos parece que también es justo reconocer que en los países desarrollados, no se ha creado una verdadera conciencia de su responsabilidad en el deterioro del ambiente a escala global, desde que los países con mayor índice de desarrollo, son en los hechos, los que mayor contaminación han generado, pese a lo cual, cuando tuvieron la oportunidad de hacer algo para resarcir al mundo por el daño que le han provocado, miraron en otra dirección.

Finalmente también influyó en el fracaso de la Iniciativa, desde nuestro punto de vista, las condiciones económicas adversas reinantes en gran parte de las economías a nivel global, lo que no generó el adecuado ambiente para producir una actitud de solidaridad, no sólo con relación al Ecuador, sino con todo proyecto que demandara un cambio en el modelo de desarrollo imperante que implique una forma distinta de interactuar con la naturaleza, que requiere según la última Cumbre del Clima desarrollado en París (COP21), especial atención y compromiso: “Consciente de que el cambio climático representa una amenaza apremiante y con efectos potencialmente irreversibles para las sociedades humanas y el planeta y, por lo tanto, exige la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, con miras a acelerar la reducción de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero”²⁰ A pesar de tan contundente pronunciamiento, cuando se tuvo la oportunidad de pasar de los enunciados a las acciones concretas mediante la adhesión a una propuesta verdaderamente innovadora como la Yasuní ITT, no hubo *sindéresis* alguna.

A pesar de lo anteriormente señalado, pensamos que no todo está perdido en cuanto a la iniciativa Yasuní ITT. Nos parece que la coyuntura es la propicia para retomar la propuesta. Lamentablemente, la crisis económica derivada de la caída de los precios del petróleo, ha sorprendido al país en medio de una creciente dependencia de la explotación de los recursos naturales, en esta ocasión, con el anuncio del inicio de la explotación minera a cielo abierto a gran escala en la región sur oriental del país, lo que ha provocado desalojos en la población de Tundayme, provincia de Zamora Chinchipe. Ello evidencia

¹⁹ Ver: WINFRIED, Weck; BONILLA, Carla. El fin de la Iniciativa Yasuní genera tensiones entre Ecuador y Alemania. http://www.kas.de/wf/doc/kas_35240-1522-4-30.pdf?130828055624

²⁰ Convención Marco sobre el Cambio Climático. París 30 de noviembre a 11 de diciembre de 2015 En: <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf>.

la insistencia en la sinuosidad del discurso oficial en torno a la defensa de la naturaleza, en el marco del desarrollo sostenible.

Estamos convencidos que la única alternativa para la iniciativa es que la ciudadanía, que en algún momento se apropió de ella, la imponga en la agenda oficial y envíe con ello, un poderoso mensaje a la comunidad internacional, poniendo a prueba la sinceridad de su compromiso en su publicitada lucha contra el cambio climático.

CONCLUSIONES

Como conclusión del presente trabajo, se desprende que la Iniciativa Yasuní ITT, constituye un ensayo de innovación social, la que fue concebida como mecanismo de proteger los derechos de la naturaleza gravemente amenazada por un modelo de desarrollo primario – exportador, dependiente de los avatares del mercado internacional que no está concebido para proteger las economías de los países que, como el Ecuador, permanecen de manera insistente, esperanzados en la bondad de la naturaleza que le proporcione, de manera cíclica, un producto que le permita financiar su desarrollo.

La Iniciativa Yasuní ITT, no sólo fue concebida para la protección de la naturaleza, sino como un mecanismo de involucrar a la comunidad internacional en la solución de un problema global, pues se estima que lo que un país hace en desmedro de la naturaleza, ahondando por consiguiente el cambio climático, no sólo le afecta a ese país, sino a toda la humanidad en su conjunto. En consecuencia, cualquier iniciativa que sin importar su origen, se encamine a desacelerar la emisión de los gases que producen el efecto invernadero, debe ser adoptada globalmente.

Esta iniciativa fue concebida como capaz de ser implementada por cualquier país que, con la condición de megadiverso, resuelva dejar inexplorado cualquier recurso natural – renovable o no – que se halle en una zona con gran biodiversidad, que se proponga como objetivo la preservación ambiental; incluso proponiendo una alternativa a los preceptos del protocolo de Kyoto el que, por la forma en la que fue estructurado, es una forma de pagar por contaminar, pues al establecer la existencia del mercado de carbono donde se comercializan bonos de carbono²¹, ese es el efecto tangible que produce.

No está encaminado a limitar sin negociación, las emisiones que los países realicen, ni a que éstos limiten las emisiones de las que son responsables las empresas con asiento en sus territorios. Mientras que mediante la Iniciativa Yasuní ITT, se paga por emisiones evitadas, con aportes de la comunidad internacional, en función del principio de responsabilidad compartida – diferenciada.

Finalmente, la Iniciativa Yasuní ITT, tiene implícita el cambio de visión de desarrollo, proponiendo el abandono del modelo extractivista (primario – exportador) y planteando como alternativa, una economía basada en la explotación del conocimiento, donde toda

²¹ Cfr. VÁSQUEZ GARCÍA, Aquilino. El Mercado de los Bonos de Carbono, en Perspectivas del Derecho Ambiental. http://www.ceja.org.mx/IMG/El_mercado_de_los_bonos_de_carbono.pdf

la cadena de producción del mismo, esto es, la generación, la distribución y su uso, esté encaminada a generar innovaciones de manera que se garantice de tal forma un verdadero desarrollo sostenible, es decir en armonía con la naturaleza.

RECOMENDACIONES

Retomar la Iniciativa Yasuní ITT, modificando la premisa del Plan Nacional del Buen Vivir, en el que se propone, la profundización del modelo primario – exportador, para poder salir de él.

Permitir una mayor participación de la comunidad internacional en la administración del fideicomiso que inicialmente se propuso para la canalización de los recursos de la cooperación internacional; tal participación no debe, ni puede tomarse como cesión de soberanía, puesto que los objetivos de tales recursos, son parte integrante de la propuesta, aparte de que la disminución de emisiones de gases de efecto invernadero, es una meta que atañe a toda la humanidad en su conjunto y no se puede resentir el hecho de que genere interés el aseguramiento de tal objetivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, A. (2009). *La Maldición de la Abundancia*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Albornoz, M. (2014). *Ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo y la cohesión social. Programa iberoamericano en la década de los bicentenarios*.
- Albornoz, M. (2011). *La Ciencia, la Tecnología y la Innovación en Iberoamérica. Prólogo del estado de la ciencia 2011., Principales indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericanos / Interamericanos*, RICYT, Buenos Aires. <http://www.ricyt.org/files/edlc2011/0.0.pdf>
- Echeverría, J. (2008) *El Manual de Oslo y la Innovación Social*. ARBOR Ciencia, pensamiento y cultura, 738(184).
- Bermejo Gómez de Segura, R. (2014). *Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis. Del desarrollo Sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis*. San Sebastian: Hegoa.
- Erika, K. M., y Watu, W. (Eds.). (2010). *Innovation and the development agenda*. OECD Publishing.
- Rodríguez Herrera, A., & Alvarado, H. (2008). *Claves de la innovación social en América Latina y el Caribe*. CEPAL.
- SENPLADES, N. (2009). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural*. Quito: Talleres Gráficos Calle.
- Senplades, S. N. (2013). *Plan Nacional del Buen Vivir*. Recuperado el, 1.
- Sobre el Cambio Climático, C. M. (2015). *Acuerdo de París sobre el Cambio Climático*.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

FREEDOM OF EXPRESSION AND OTHER FUNDAMENTAL RIGHTS

JUAN FALCONÍ PUIG¹

¹ Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

La presente investigación está encaminada a proporcionar información estrictamente jurídica sobre de la libertad de expresión y otros derechos fundamentales que son aplicables para todas las personas, así como para la regulación de la prensa y los medios de comunicación. Se especifica el alcance constitucional de la libertad de expresión y la implementación de normas que regulan los derechos a la intimidad, la buena fama y la propia imagen, aclaración y réplica, entre otros derechos propios de la personalidad, que limitan esa libertad de expresión única y exclusivamente al punto de no afectar estos derechos fundamentales, aclarando la diferencia con la necesaria crítica y el escrutinio público al que están sujetos los funcionarios públicos. Se trata, además, de las innovaciones legales y tecnológicas que han surgido en los últimos años, considerando los procedimientos y tipo de sanciones que se incluyen en la Ley Orgánica de Comunicación, según las conductas previstas en ese cuerpo normativo.

PALABRAS CLAVE: Libertad, expresión, derechos, procedimientos, sanciones.

ABSTRACT

The following investigation seeks to give the legal information about freedom of expressions and other fundamental rights that are given to any person. Like the regulation of press. It is specify The reach of constitutional law about freedom of expresion and the implement of rules that of the right of intimacy, the good name, the image, aclaration and replica among other rights of the personality that are gonna limit that freedom and liberty of expresion only and exclusively to the point where not affect this fundamental rights clearing the difference with the necesary critic and the public scrutiny among public workers. It is Also about legal innovations and technology that has emerged during the last year considering the procedures and types of sanctions in the normative body.

KEYWORDS: Freedom, expression, rigths, procedures, penalties.

INTRODUCCIÓN

Poco recordamos de la trascendencia de la Revolución Francesa después de la que uno de los hechos más trascendentes fue convertir al súbdito de la corona en ciudadano con derechos y obligaciones que, hasta antes de la revolución no existían; importantísimo hito histórico inspirado en los principios de teóricos de la revolución como Rousseau, por el lado de la plebe y Montesquieu por el lado de la nobleza, pues era el varón de la Brede y Montesquieu, respectivamente. De ahí que, esa transformación social, la mayor de la humanidad no se originó, exclusivamente, desde los estratos más pobres, puesto que personajes como Montesquieu quien, en su obra clásica *El espíritu de las Leyes* (Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, traducción al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo Tomo X Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 48, Preciados, 48 190) resumió toda una elaboración doctrinaria sobre el imperio del Derecho y la juridicidad en un régimen democrático, lejano de la monarquía y de la Corona en una época marcada por la soberbia declaración de Luis XIV quien calificó el sistema que lo había encumbrado y su poder con esa conocida frase: *El Estado soy Yo* (*L'Etat c'est moi*); y, Jean-Jaques Rousseau, que en su famosa obra publicada en 1762 *“El Contrato Social”* (Fuente: Traducción de Leticia Halperín Donghi, Buenos Aires, Argentina, Editorial Losada, 2005, página 56), expuso su doctrina de filosofía política, principalmente sobre la libertad e igualdad de los hombres bajo un Estado instituido por medio de un contrato social; y esto para destacar solamente a dos intelectuales que provenían de estratos socio económicos diversos, al menos en sus intereses.

Resumiendo, los siglos en pocos renglones, al situarnos hoy en el Estado Constitucional de derechos que, en la práctica, son sistemáticamente violados, ora por los jueces que no despachan oportunamente, ora cuando tratan de “escabullirse” de ciertas causas que simplemente mandan archivar con cualquier pretexto y con la misma intención no despachan ningún recurso, vertical u horizontal, en franco desafío de nuestro sistema judicial, en franca decadencia. Y esas violaciones se repiten a veces hasta por cualquier burócrata de ventanilla o escritorio de recepción de documentos que, por sí mismos deciden cómo, cuándo y a qué hora se puede ejercer el derecho constitucional de petición o,

cuando no; así como los términos, recursos y requisitos para el ejercicio de tales derechos, a ojos vista muchos inútiles, innecesarios y por supuesto inconstitucionales. Por ello, antes de seguir quiero recordar lo que ese gran maestro italiano, Widar Cesarini Sforza, (Fuente: El Derecho de los Particulares: Editorial Aranzadi, 2016, Italia), decía cuando empezaba un nuevo curso de Derecho:

“Estudié derecho, estudio derecho, enseñé derecho, vivo para el derecho y por supuesto vivo del derecho, pero hasta ahora no sé lo que es derecho”...

Qué habría dicho el maestro Sforza de encontrarse con el burócrata ecuatoriano de la administración central, seccional o judicial que no argumentando la falta de algún detalle o requisito insignificante o absurdo que ellos imponen por encima de la Constitución y la ley; o la secretaria de una judicatura que no permite a los abogados examinar el expediente porque a su curioso “entender” nadie lo puede revisar cuando el juez está por ingresar a la sala de audiencias. Y así, hay algunos empleados públicos de menor rango que no entienden que no son ellos los competentes para decidir, reconocer o permitir el ejercicio de los derechos, y menos los fundamentales, que no tienen que pedirse “por favor” sino exigirse, obviamente de manera cordial y hasta amigable, pero concédaseme decir que reconocer un mandato constitucional no es favor que haga nadie a nadie.

LA CONSTITUCIÓN

El doctor Rodrigo Borja, ex - Presidente de la República, (Fuente: Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica, México, página 154), define a la Constitución así:

“Constitución. Es el conjunto sistemático de normas jurídicas fundamentales que rigen la organización y funcionamiento de un Estado y que señalan los derechos y garantías de sus miembros”

Con este breve antecedente y para no pasar a impugnar textos legales con clamorosas faltas de sintaxis que han confundido la evolución del Derecho y la innovación jurídica con la definición errada y aún la falta idiomática, baste acudir a la Constitución y los textos legales que a continuación comentaremos.

Decía al inicio que habíamos pasado de una situación de súbditos a ciudadanos que, en esa evolución de la teoría constitucional y los derechos fundamentales ha llegado a la conformación de un Estado de derechos que está obligado a garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua; asegurando también la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico. Todos los derechos constitucionales se desarrollan de manera progresiva a través de las leyes, la jurisprudencia y de las políticas públicas. (Art. 11.8 CRP).

En esa línea hay las prioridades constitucionales y de política pública, que son: planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización. Proteger el patrimonio natural y cultural del país. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. Y en cuanto a los derechos, individualmente considerados, así como su ejercicio, cabe destacar los señalados en el artículo 11 de la Constitución y entre ellos, lo dispuesto en el número 3, tercer inciso, que manda que,

“Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”;

Número 4, que dispone que, *“Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”;*

Número 5, que ordena que, *“En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”;*

Número 6, que establece que, *“Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”;*

Número 7, que dice, *“El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”;*

Número 8, inciso 2, que señala que, *“Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”;*

Y, número 9, inciso 4, que asigna que *“El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.*

Nuestro texto constitucional, que es uno de los más avanzados, consagra taxativamente derechos al agua, a la alimentación, al ambiente sano, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, trabajo y seguridad social de las personas y los grupos de atención prioritaria, adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, niños y adolescentes, personas con discapacidad, con enfermedades catastróficas, privadas de libertad, usuarias y consumidoras, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, *de participación, de libertad, de protección* y, en lo que particularmente interesa ahora, *de la comunicación e información por el cual todas las personas tenemos derecho a:*

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.
2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.

3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.
4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.
5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.
(Art. 16 CRE).
6. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.
7. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.
(Art. 16 CRE).
8. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.
9. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.
10. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.
11. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.
12. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.
(Art. 16 CRE).

Ahora bien, quien tiene que autorizar el ejercicio de la comunicación libre, diversa, participativa en todos los ámbitos es el Estado, garantizando el acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico y a todas las formas de la comunicación que permita la inclusión de personas con discapacidad por lo que, siendo garantía fundamental de los usuarios y consumidores la información y la noticia, buscar, recibir e intercambiar información veraz, verificada, oportuna, plural sin censura previa, debe ponerse especial cuidado, al igual de lo que se hace en todo el mundo civilizado, con la autorización para la actividad de los medios de comunicación de manera que estos no pertenezcan a sujetos descalificados, que atentan contra las bases mismas de la República y su estabilidad económica y moral, mayor razón cuando puedan ser mafiosos o prófugos de la justicia, dedicados o involucrados en graves delitos y actividades ilegales, pues basta el conflicto de intereses para que el Estado sea cauteloso en dar la autorización

para medios que no obedezcan a los principios que recoge la constitución vigente y/o que pertenezcan a ciertas personas que puedan haberse dedicado a distorsionar, engañar y aún chantajear a los más altos funcionarios de la administración, judiciales o de control, cuando usan los medios para obtener una especie de patente de impunidad.

El filtro para autorizar la actividad comunicacional en ciertas áreas públicas o destinadas al público debe ser muy severo, por la seguridad de los destinatarios y en definitiva de la comunidad. Y así funciona en todo el mundo Occidental, al conceder la posibilidad de crear o establecer un medio de comunicación para ejercer con libertad absoluta el derecho de la información y la comunicación. ¿Cabría pensar siquiera que esa libertad pueda invocarla la narco guerrilla, para tener su propio medio de comunicación? O, cabría autorizar a los autores de las fraudulentas. quiebras bancarias, ¿poner un nuevo banco... para que repitan la historia? Innecesario abundar en estos ejemplos mas, por ser esta área tan sensible es que el artículo 261.10 de la C.R.E manda que el Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre: el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos ... También están los medios de comunicación comunitarios que son propiedad de organizaciones sociales sin fines de lucro.

Está claro que la información debe ser ofrecida al público sin censura previa, pero sujeta a la responsabilidad ulterior porque en dicho supuesto, lejos de haber una libertad de expresión a la que todos tenemos derecho y todos propugnamos, estaríamos sometidos a un libertinaje de quienes opinan, tal vez pecando por la paga o, más grave aún, pagando por pecar, como diferenciaba Sor Juana Inés de la Cruz, (Fuente: Octavio Paz, *Las Trampas de la fe*, Fondo de Cultura Económica, 1993, página 364).

De otro lado, está íntimamente relacionado con este derecho, el de opinar y expresar el pensamiento libremente en todas sus formas y manifestaciones, según artículo 66 número 6 de la Constitución pero, este derecho, obviamente está limitado por otros derechos como el que tienen los agraviados por informaciones sin pruebas o inexactas, que pueden ser también maliciosas, tendenciosas o tergiversadas, emitidas por o a través de medios de comunicación social que dan lugar a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario, puesto que lo contrario sería permitir un uso abusivo del derecho a opinar y exhibir el pensamiento libremente, cuando sin pruebas se difama a otras personas que, en todo caso, de ser exactas o ciertas tales afirmaciones, bien podrían acogerse a la exceptio veritatis ya que, si no fuere esto así, tampoco existiría el derecho a la honra, al buen nombre así como la imagen y la voz de las personas que la ley protege (artículo 66, número 18 CRE) así como los datos de carácter personal (artículo 66 número 19 CRE); la intimidad personal y familiar (artículo 66 número 20 CRE); el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia, física y virtual (artículo 66 número 21 CRE); y, el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 66 número 22 CRE).

Estos derechos fundamentales consagrados en la Constitución ecuatoriana de 2008 en general vienen de la Constitución de 1998 y en ésta de las anteriores, a través de una

evolución que ha ido estructurándose de manera sistemática en una de las manifestaciones más importantes del mundo civilizado y democrático como es para un Estado su Carta de Derechos Fundamentales o Constitución Política, que norma la vida en comunidad en un espacio y nación determinados. La Constitución ecuatoriana de 1998 tuvo, en parte, inspiración en la española de 1978 y algo que ver con la colombiana de 1991. Pero en el ámbito latinoamericano al menos, no deja de influir la Convención Interamericana de Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José, ratificada por Ecuador en octubre de 1977 y aprobada por los Estados Interamericanos en noviembre de 1969, esto es 49 años atrás, no obstante lo cual sigue plenamente vigente no solo en su vida jurídica sino en los principios y derechos que consagra, empezando por definir que persona es todo ser humano, acepción que viene del latín *personae*.

Haciendo un paréntesis en esto me parece, simplemente, innecesario hablar de persona “natural” para diferenciarla de la “persona jurídica”, siendo esta el ente u organización pública o privada que, si bien por una ficción o necesidad práctica se le concede la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones como si se tratase de una persona (ser humano) pero que no se convierte en ella ni cabría compararla manteniéndola, simplemente, como el “ente” jurídico que es, como por ejemplo, el Estado, las Municipalidades y cuanta institución pública sea creada por ley o los entes privados como las fundaciones y corporaciones (artículo 564 del Código Civil) o las sociedades y compañías (artículo 2 Ley de Compañías) que no deberían considerarse ni figurar como “personas” jurídicas, pues gozan de ejercer derechos y contraer obligaciones, como señalaba Kelsen con precisa elaboración jurídica, solo por la personificación jurídica.

De ahí que, al ser persona todo ser humano deviene lógico que todo ser humano tiene derecho a ser reconocido como “persona” cumplida la viabilidad que trae el Código Civil y por ende, tener sus derechos básicos y fundamentales como la vida, la integridad personal, física, psíquica y moral y no ser sometido a torturas, penas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. La pena no puede trascender de la persona del delincuente, ni ha lugar a la esclavitud y servidumbre. Toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable y que un juez decida sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención (artículo 5, numerales 5 y 6 del Pacto de San José), entre tantos otros derechos cuya violación implica el derecho a ser indemnizado por error judicial (Artículo 10 *ibídem*); y, aparte del derecho a la honra y a la dignidad, en el Pacto de San José encontramos el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (artículo 13 de la Constitución) sin que implique preferencia alguna, pues consta también el derecho de rectificación o respuesta contemplado en el artículo 14 de la Constitución, concordantes todos estos con los derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución y que, por expreso mandato del artículo 416 de la misma Constitución ecuatoriana, son de aplicabilidad directa y por mandato del artículo 424 *ibídem*, prevalecerán sobre cualquiera otra norma jurídica o acto del poder público, cuando reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

Quede claro que, tanto la libertad de expresión cuanto el derecho al honor son derechos fundamentales de jerarquía constitucional como ocurre en otras constituciones de distintos países y, particularmente, la española de 1978 que fue considerada en la elaboración de la Constitución ecuatoriana de 1998. Así que, no se puede establecer antes de surgido un conflicto, cuáles de estos derechos deben prevalecer si la libertad de expresión e información, que es sustancial para la democracia, como lo es para las personas su honor y dignidad, y para muchos los valores más preciados. Entonces, la solución del eventual conflicto deviene asignada a los jueces que deben hacer una ponderación objetiva para establecer en qué momento habría algún aspecto que haga prevalecer la libertad de expresión e información frente al honor o dignidad lesionados aparte de que, como he señalado, la verdad sobre los hechos materia de la expresión o la información que pueda resultar lesiva al honor o dignidad de una persona, automáticamente está “amparada” por la exceptio veritatis, que obsta la acción penal.

Finalmente, hay que considerar que todos los derechos, inclusive los constitucionales y los establecidos en leyes secundarias, aunque no son absolutos y en conjunto conforman el derecho a la seguridad jurídica que,

...”se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. (Art. 82 C.R.E.)

De lo anterior se sigue con claridad meridiana que no hay conflicto de derechos ni deviene necesario acudir a la proporcionalidad ni a principios como el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de los que habla Robert Alexy (Editorial Gedisa, 2004, Barcelona-España, página 211) puesto que, en síntesis, no se da el supuesto previsto por ese autor en su regla de “Ley de Ponderación”, que establece que,

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción, o de afectación, de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”,

pues la responsabilidad ulterior por el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión no implica no satisfacción o afectación de tales derechos, ni tiene por qué alterar la satisfacción de otros derechos como el honor, la honra o la buena imagen.

De ahí que, un ejemplo de derechos que se puedan ejercer sin que necesariamente haya conflicto entre ellos ni sea necesario ponderar para establecer cual prevalece, puede ser el siguiente: El Derecho de libre tránsito debe ser ejercido respetando las reglas establecidas precisamente para que todos podamos ejercer ese derecho ordenadamente y respetando a los demás, a través de las luces de tráfico, las señales de PARE o una vía, y así sucesivamente, supuestos en los que no hay problema alguno. Pero, en sentido contrario, ejercer ese derecho de libre tránsito abusivamente, sin respetar las reglas, al mismo tiempo estaría violando el derecho de los demás al mismo tránsito con seguridad, a la salud, y

en casos más graves pero frecuentes en Ecuador, a la integridad y la vida misma, el más fundamental de los derechos, que se pierde en las carreteras por los accidentes frecuentes de los transportes públicos de personas, entre otros.

Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador en septiembre de 2015 en la sentencia No. 047-15-SIN-CC dictada en el caso No. 0009-12-IN que transcribimos a final, ha dicho que,

“En consecuencia, manifiestan que existe una colisión de derechos, honra y libertad de expresión. En ese sentido, el derecho a la honra colisiona en tanto el tipo penal de injuria se encuentra vagamente redactado y de alta discrecionalidad en su aplicación, cuyas penas son desproporcionadas. Por su parte, el derecho a la libertad de expresión colisiona con la propia legislación constitucional y las normas del sistema interamericano antes descritas.

Ante esta colisión de derechos es necesario realizar una interpretación del texto constitucional a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, a efectos de que la legislación penal del delito de injuria proteja un fin constitucionalmente válido, sea idónea y necesaria mediando el debido equilibrio entre el derecho a la honra y la restricción del derecho a la libertad de expresión.

De acuerdo a los criterios vertidos, los accionantes manifiestan que este modo de interpretación constitucional implica la verificación de un fin constitucionalmente válido, la idoneidad y necesidad de la legislación penal para cumplir dicho fin y la verificación respecto del debido equilibrio que debe existir entre el derecho a la honra y la libertad de expresión”.

LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN

Con los antecedentes y las breves referencias del ordenamiento constitucional e internacional, veamos ahora lo más destacable de la legislación ordinaria y, particularmente, la tan referida Ley de Comunicación, dictada en junio del 2013.

En esa Ley Orgánica de Comunicación, como su nombre lo indica, cuerpo legal orgánico y sistemático que, si bien puede tener errores o aspectos que pueden y deban ser perfeccionados, es necesaria para imponer orden en la aplicación de los principios y derechos Constitucionales, en el alcance y ejercicio serio y honesto de la comunicación social. De ahí su regulación, el tratamiento a los medios de comunicación y el espectro radioeléctrico que, obviamente, es del Estado y por ende le corresponde administrarlo, porque no está abierto al público como las redes sociales, por ejemplo, donde impera el más salvaje descontrol. En ese marco se dictó la Ley Orgánica de Comunicación que, entre sus principios consagra el proteger y regular en el ámbito administrativo el ejercicio del derecho establecido constitucionalmente a la comunicación, sus titulares y el contenido comunicacional dentro del cual no está comprendida la información u opinión personal a través de internet pero que, de otro lado, no excluye las acciones penales o civiles a que

haya lugar por las infracciones a otras leyes, en general, que se cometan por medio de las redes sociales o, a través de internet.

Se define legalmente lo que son los medios de comunicación social, como las empresas, organizaciones públicas, privadas o comunitarias y las personas concesionarias de frecuencias de radio y televisión que usan como herramienta medios impresos o servicios de radio, televisión, audio y video por suscripción; y, los medios audiovisuales que adquieren el carácter de nacional, cuando su cobertura llegue al 30% o más de la población del país. Lo mismo se aplica para los medios impresos que circulen en una o más provincias cuya población corresponda al 30% o más del total de habitantes del país, en ambos casos, de acuerdo con el último censo.

Así, un ejemplo sencillo de ciertas limitaciones válidas para los medios es que no podrán pertenecer a organizaciones o compañías extranjeras domiciliadas fuera de Ecuador ni a ciudadanos extranjeros que no residan regularmente en el territorio ecuatoriano. ¿Porque se establecen limitaciones a las compañías extranjeras domiciliadas fuera de Ecuador o a los ciudadanos extranjeros sí, de otro lado, la Constitución en su artículo 9 dispone que los extranjeros que se encuentren en el territorio ecuatoriano tienen los mismos derechos que los nacionales?

Obviamente porque la actividad de los medios de comunicación, así como la información y formación de la opinión pública es muy sensible y todos los Estados protegen su identidad y difusión, inclusive para que no se puedan dar atentados contra su seguridad o influir en sus decisiones internas y hasta la elección de sus dignatarios como en los últimos tiempos destaca la prensa internacional nada menos que, respecto de la influencia ejercidas en las últimas elecciones en algunos países.

Veamos ahora, brevemente, los principios y derechos de la comunicación establecidos en la ley de materia,

Art. 10.- Normas deontológicas. - Todas las personas naturales o jurídicas que participan en el proceso comunicacional deberán considerar las siguientes normas mínimas, de acuerdo a las características propias de los medios que utilizan para difundir información y opiniones:

1. Referidos a la dignidad humana;
2. Relacionados con los grupos de atención prioritaria;
3. Concernientes al ejercicio profesional;
4. Relacionados con las prácticas de los medios de Comunicación social.

El incumplimiento de las normas deontológicas establecidas en este artículo podrá ser denunciado por cualquier ciudadano u organización ante la Superintendencia de la Información y Comunicación la que, luego de comprobar la veracidad de lo denunciado, emitirá una amonestación escrita, siempre que no constituya una infracción que amerite otra sanción o medida administrativa establecida en esta Ley.

La Corte Constitucional por Resolución No. 3, publicada en Registro oficial Suplemento 346 de 2 de octubre del 2014, declaró la constitucionalidad condicionada de este artículo 10, numeral 4 letra i) que dice que: “i. Asumir la responsabilidad de la información y opiniones que se difundan;” y, de la Ley Orgánica de Comunicación que será constitucional siempre y cuando se interprete de la siguiente manera:

“El asumir la responsabilidad de la información y opiniones que se difundan” debe entenderse en función de lo establecido en los artículos 20 y 21 de la misma ley, que en su orden contemplan los casos en que los medios de comunicación serán responsables directa o solidariamente por la información que difundan”.

En adición a los principios antes referidos hay otros principios contenidos en la Ley como los de los artículos 11, 12, 13, 14 y 15: Principio de acción afirmativa; Principio de democratización de la comunicación e información; Principio de participación; Principio de interculturalidad y plurinacionalidad; y, Principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes, respectivamente.

Aparte de los principios señalados, existen y merecen especial mención los derechos como el de libertad de expresión y opinión que se ejercerán, obviamente, siendo el autor responsable por sus expresiones y opiniones, que esa libertad es plena y para ser tal, no requiere que el autor de las expresiones y opiniones sea irresponsable por lo dicho, aún en los supuestos de causar daño deliberado como cuando lo dicho ha sido falso, malicioso, o calumnioso.

La censura previa está prohibida, pues afecta directamente a esa libertad de expresión y opinión, pero es concomitante con la responsabilidad ulterior a la que está obligada toda persona, asumiendo las consecuencias por la difusión de contenidos falsos, no contrastados, que lesionen otros derechos establecidos en la Constitución y en distintas leyes. Los medios de comunicación, por su parte, serán solidariamente responsables por las indemnizaciones y compensaciones de carácter civil, cuando incumplan con hacer las rectificaciones o impidan a los afectados el ejercicio de la réplica ordenada por la Superintendencia de Información y Comunicación, previo el debido proceso, generadas por la difusión de todo tipo de contenido que lesione los derechos humanos, la reputación, el honor, el buen nombre de las personas y la seguridad jurídica del Estado.

Si no todos, la gran mayoría estaría de acuerdo en que el Estado debe garantizar la libertad de pensamiento y expresión puesto que, generalmente, primero hay que pensar para luego expresarse, siendo los excesos en la expresión muchas veces producto de emitirlas sin pensamiento previo. Pero estas garantías establecidas en la Constitución no implican que todas y cada una de las expresiones, de todos y cada uno de los habitantes, profesionales o no, estudiantes y profesores, o no, periodistas o no, comunicadores sociales o no, son siempre correctas, de veracidad absoluta, sin errores de ninguna clase, siempre de buena fe, ajenas de representar intereses particulares o creados que, en muchas ocasiones atentan claramente contra los intereses generales y

superiores de la comunidad toda. Y en este punto viene a mi memoria una interesante frase, que dice,

“Los arquitectos exhiben sus errores, los médicos los entierran, los jueces los convierten en jurisprudencia” y ahí, bien puede agregarse “y los periodistas los publican”...

No ha lugar a duda que hay personas buenas y malas, profesionales buenos y malos, gente correcta o incorrecta y no porque hay curas malos, a quienes el propio Papa Francisco ha criticado, quiere decir que no debemos confiar en la Iglesia, o porque haya policías malos, quiere decir que no debe haber agentes del orden o, porque hay jueces malos e ignorantes, no quiere decir que no debe haber justicia. Y si en todas esas profesiones puede haber malos elementos, también los puede haber en el periodismo o ¿sería ésta, acaso, la única profesión en la que todos y cada uno de sus miembros son perfectos?

El uruguayo Carlos Vaz Ferreyra, en su libro *Moral para intelectuales*, (Fuente: *Moral para Intelectuales*, Talleres Gráficos Impresora Uruguaya S. A., Juncal, Montevideo Uruguay, 1957, página 52), sostenía que, si se admite que hay profesiones de inmoralidad intrínseca como la política o la abogacía, a las que bien se puede agregar el periodismo, sería admitir que esas profesiones pueden ser ejercidas de manera incorrecta, sin respetar los derechos de los demás y por ahí no se sabe cómo terminarían las cosas, pues el fin no justifica los medios.

También se puede hacer una comparación en el sentido de que, si bien la ley Orgánica de Comunicación puede ser reformada y mejorada, pretender que se derogue porque en algún momento fue mal aplicada por un sujeto arbitrario o que no entendía en su verdadero alcance; equivaldría a pedir que, porque hay jueces malos, ignorantes, de aquellos que doblan la vara de la justicia no por la misericordia sino por la dádiva, que haya que derogar el Código Orgánico de la Función Judicial o los Códigos Procesales. ¡Sería un absurdo extremo, pues los problemas hay que resolverlos y corregirlos en su origen, en sus causas, no en sus efectos!

Entre otros derechos, el de recibir información veraz de relevancia pública es también de especial importancia, particularmente porque a ese efecto la información que recibimos a través de los medios de comunicación debe ser verificada, contrastada, precisa y contextualizada; e, independiente de esto existe, por supuesto, el derecho a la rectificación que tienen todas las personas para que los autores de la noticia o la información y los medios de comunicación rectifiquen la información que, faltando a la verdad sobre ellas, sobre su familia o sobre los asuntos a su cargo hayan difundido con deficiencias de verificación, contrastación y precisión de la información de relevancia pública. Para hacer efectivos estos derechos existe como contrapartida la obligación de los medios de publicar dentro de 72 horas a partir del pedido, de forma gratuita y con las mismas características, dimensión, en el mismo espacio, sección u horarios, las rectificaciones a que haya lugar, pues en este derecho está comprendido el derecho a la réplica que tiene toda persona cuando haya sido

directamente aludida de forma que afecte sus derechos a la dignidad, honra o reputación, en los mismos términos antes señalados. Y por supuesto que esta obligación es tal, aun se trate y con mayor razón de los remitidos o espacios contratados, no solo cuando se trata de información errada, inexacta o falsa, y esto porque la ley no distingue estos casos, mas aunque el medio aclare que su publicación no es propia sino pagada, que tiene que ser alguien identificable, a ese alguien se le puede replicar en los términos antes anotados.

Ahora bien, partiendo del supuesto que los jueces deben decidir y resolver las causas de acuerdo con la ley y por lo que conste de las tablas procesales, según el artículo 25 de la Ley que estamos comentando, los medios de comunicación se abstendrán de tomar posición institucional sobre la inocencia o culpabilidad de las personas investigadas o en proceso judicial penal hasta que se ejecutorie una sentencia dictada por juez competente. En esa línea, está prohibida la difusión de información directa o a través de terceros, de forma concertada y reiterativa, a través de uno o más medios, con el propósito de desprestigiar a una persona o ente jurídico y disminuir su credibilidad pública que es lo que se llama “linchamiento mediático”.

De otro lado y en la misma línea de lo judicial, la ley ordena la publicación en igualdad de condiciones de las versiones y argumentos de los involucrados y todos estos derechos, juntos o individualmente considerados, para nada afectan ni obstan la libertad de expresión ni la libertad de información, pues precisamente uno de tales derechos es el que todas las personas tienen para recibir, buscar, producir y difundir información por cualquier medio o canal y a seleccionar por los medios a que acceden, información y contenidos de cualquier tipo; y, claro está, esto es independiente de la circulación restringida para aquella información sujeta a reserva; acerca de datos personales y la que provenga de comunicaciones personales; que provengan de la Fiscalía en el marco de una indagación previa acerca de niños y mujeres; comunicaciones personales sujetas a la inviolabilidad del secreto o de derechos de igualdad e interculturalidad. Obviamente que los comunicadores también tienen derechos como son la cláusula de conciencia, la reserva de la fuente, el secreto profesional, el libre ejercicio de las comunicaciones, entre otros. Mas, por tratarse en cierta manera de una rama del Derecho que sigue en elaboración no hay abundante teoría y doctrina jurídica sobre el derecho de la comunicación, en el que está contemplado el tratamiento del derecho a la información.

Quede claro, entonces, que una cosa es el Derecho de la información, como materia legal o jurídica, que estudia lo relativo a la información y la comunicación, así como su ámbito y trascendencia; y, otra, el derecho a la información y a la comunicación que tenemos todas las personas, entendido que debe ser veraz, oportuna, verificada y contextualizada, como hemos visto en líneas anteriores. De cualquier manera, hoy por hoy, nadie discute que ese derecho a la información está entre los derechos fundamentales contemplados, inclusive, en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como garantía fundamental que tiene toda persona de tener información, a informar y a ser informado, así como a traerse información, inclusive facultando el

acceso a los archivos y documentación pública; y, la decisión de cuál es el medio que se prefiere leer, escuchar o contemplar.

El derecho a informar implica la libertad de expresión y de imprenta, así como la formación de empresas informáticas que puede ser a título personal o bajo un régimen societario. Finalmente, el derecho a ser informado implica la opción de recibir información objetiva y oportuna, completa, de carácter general; y, que esa información esté disponible para todos, sin exclusión de personas o grupos de personas.

Bajo otra perspectiva, el derecho a la información implica dos aspectos fundamentales: El derecho a recibir la información, esto es acceder a la información y a la libertad de expresión, que es correlativa en términos de lo señalado por la Corte de Justicia de la Nación (México) mientras que, la Corte Constitucional de Colombia ha dicho que ese derecho no cubre únicamente a quien informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores (sujeto pasivo) y agrega que, el constituyente ha calificado ese derecho como definitivo y el tipo de información que protege, esto es la veraz e imparcial. Dentro de este derecho existe el acceso a la información pública que permite examinar los registros y datos públicos o en posesión de los órganos del Estado, de acuerdo con la Ley.

El autor que inspira los comentarios anteriores, Ernesto Villanueva, Coordinador y colaborador de la obra *Diccionario de Derecho de la Información* (Fuente: *Diccionario de Derecho de la Información*, Editorial PORRÚA, Universidad Nacional Autónoma de México, página 9), remitiéndose al autor italiano Norberto Boobio, dice:

“Con redundancia se puede definir el gobierno de la democracia como el gobierno del poder “público” en “público”. El error es sólo aparente porque “público” tiene dos significados: si es contrapuesto a “privado”, como en la distinción clásica de *ius publicum* y *ius privatum*, que nos llega de los juristas romanos, o si es confrontada con lo “secreto”, por lo que no adopta el significado de perteneciente a la “cosa pública” al “Estado”, sino de “manifiesto”, “evidente”, precisamente visible”. La idea de transparencia ha permeado más que el concepto del principio de publicidad de los actos del Estado por ser una sola palabra capaz de sintetizar un significado similar expresado en varias palabras. Con todo, la doctrina jurídica sigue utilizando hasta ahora la noción de publicidad de los actos del Estado para referirse a la misma idea”

En la misma obra, Lucio Ramírez León (*Diccionario de Derecho de la información*, Editorial Porrúa, México, página 11).

define como periodista a aquella persona que tiene por oficio escribir en los periódicos y en un concepto universalmente aceptado, incluso recogido por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Tecnología, se refiere a un trabajador que interviene en la captación, procesamiento y difusión de informaciones -manejando los géneros reconocidos a nivel internacional- a través de los medios de

comunicación masiva, sean impresos o electrónicos (Riva Palacio, 1995: 17). Y agrega esta definición,

“Una definición más reciente de periodista, casi jurídica, considera que se trata de toda persona física que hace del ejercicio de las libertades de expresión y de información su actividad principal, de manera permanente y remunerada” (Villanueva, 2000: 126)

Que los periodistas profesionales influyan directamente en la calidad de los medios para los que trabajan por su capacidad profesional, veracidad y en definitiva por su responsabilidad es indudable que influyen directamente e inclusive actuando bajo relación laboral; o indirectamente como meros colaboradores independientes, como se ve y comprueba a diario en Ecuador y en todas partes. Y esto cobra mayor trascendencia cuando se trata del periodismo de opinión, formativo, que es la otra cara de la actividad fundamental del periodista, la de colaborar en la formación de la opinión pública, ciertamente distinta de la mera información al público.

El profesionalismo de los periodistas ha ido ganando importancia en la medida que los medios han ganado participación en la comunidad. De ahí que, desde hace muchos años en las universidades de Ecuador ya se estudiaba la carrera de periodismo; y, también la fuerza gremial, organizada jurídicamente, tiene una participación activa entendido que el título profesional era un requisito para legalizar la práctica de una actividad que siempre fue empírica. Ahora, el título de periodista se torna indispensable para ejercer esa profesión.

En materia de la información judicial que implica el acceso de todas las personas a los expedientes judiciales y particularmente de las partes procesales a ser informados del proceso y la resolución que expidan los jueces deriva de la norma constitucional que señala que todo proceso es público (Artículo 76, número 7. d. de la Constitución) ratificada en el actual Código Orgánico General de Procesos, COGEP. Y esa información, no necesariamente implica dar a conocer al público diligencias procesales como las audiencias, lo que está expresamente prohibido por el artículo 83 del COGEP, independiente de que las actuaciones, de acuerdo con el artículo 118 *ibídem*, se puedan grabar por medios telemáticos para efectos de archivo o similares, pues hay que destacar que toda persona tiene el derecho de solicitar copias de los registros de las actuaciones, diligencias procesales y en general examinar, revisar y leer los expedientes judiciales, excepto los que tengan el carácter de reservados, porque en ciertos casos específicos no pueden darse a conocer al público.

Ciertamente este derecho de acceder a la información judicial está vinculado con el derecho de acceder a la información pública, en general, pero en atención a la seguridad jurídica contenida en el artículo 78 de nuestra Constitución las decisores legales sobre temas específicos pueden ser materia de publicidad, inclusive en publicaciones digitales o impresas especializadas, como Gacetas Judiciales, revistas jurídicas y los documentos y publicaciones que recogen la jurisprudencia que abonan al conocimiento y difusión del

Derecho puesto que, muchas de esas resoluciones contienen referencias doctrinarias a distintas leyes, inclusive con legislación y doctrina comparadas.

Debe quedar claro que esa publicidad es permisible una vez resuelto un caso en definitiva porque necesario es tener presente que los jueces deben resolver los casos de acuerdo con lo que manda la ley y lo que conste de las tablas procesales, no por lo que la prensa diga, menos aun cuando en la prensa se anticipa criterio, influyen o tratan de influir, voluntaria o aún involuntariamente, en el ánimo de los jueces. Esto es distinto del conocimiento o la difusión que, particularmente, interesa a los profesionales del Derecho y a los sectores que pueden devenir involucrados en la resolución de un caso concreto, cuando lo que interesa es el conocimiento real y directo de la actividad de un juzgado o tribunal para llegar a una resolución definitiva que sea un aporte efectivo a la seguridad jurídica.

De otro lado, el conocimiento de una decisión judicial puede hacer que los jueces y tribunales, o algunos de ellos al menos, se cuiden de no abusar en el trámite de un juicio o en la resolución del mismo porque estarían declarando un derecho y haciendo justicia (no se administra) ante el público y particularmente el foro, que puede leer y entender sus decisiones en un caso concreto. Y así se van formando los precedentes que, inclusive, ilustran a los juzgadores para aplicar las nuevas teorías o la más reciente jurisprudencia al tiempo de resolver las causas sometidas a su conocimiento. Para esos efectos se publican los fallos de triple reiteración que son obligatorios en lo que diga relación con aspectos de Derecho. Para que esto sea así, es apenas evidente que esos fallos de triple reiteración tengan que ser conocidos, clasificados como tales, y difundidos, preferentemente, en un órgano oficial de la Función Judicial como es la Gaceta Judicial.

Lo anterior es distinto de la información general sobre la Función Judicial antes llamada Poder Judicial que, obviamente, es de general y público conocimiento, pues su organización, estructura y fines están desarrollados en la Constitución de la República y en el Código Orgánico de la Función Judicial, entre otras leyes, principalmente las procesales que tienen relación directa con la organización y estructura judicial.

He dicho antes que los jueces no administran justicia no obstante que esa frase de “ADMINISTRANDO JUSTICIA” es más o menos generalizada. Nosotros decimos que los jueces no “administran justicia” porque no se trata de una empresa o un negocio que deba ser administrado, aunque algún juez así lo haya podido entender en algún momento. Los jueces juzgan, declaran el derecho y resuelven los conflictos mediante un fallo, que puede ser una sentencia de mérito, esto es sobre lo de fondo o puede ser un auto interlocutorio, hoy en nuestro COGEP llamado sentencia interlocutoria, que es una resolución parcial, no sobre lo de fondo y puede ser también, inhibitoria o abstentiva, en cuyo caso por alguna razón legal no resuelve el caso concreto.

En esta materia, necesario es tener presente que hay ciertas resoluciones, piezas procesales y etapas de la tramitación que no pueden estar a disposición del público porque implican aspectos íntimos o delicados en los que están involucradas las partes procesales que, en ciertos casos pueden ser menores de edad. Tal es el caso de los delitos sexuales que involucran a

menores de edad o de ciertas materias que deben estar necesariamente limitadas al punto de no violar la intimidad, la imagen y otros derechos fundamentales que podrían ser afectados. Por ello hay disposiciones claras que limitan el acceso del público a esa información judicial, pues no admiten el acceso amplio y general a una información judicial específica, que no necesariamente contribuye a la elaboración doctrinaria ni a convertirse en precedente judicial que deba tomarse en cuenta, aparte de que puede ser difundida con propósitos diversos de los concebidos o estrictamente jurídicos, entendido que, en cualquiera de estos casos debería omitirse el nombre de las partes que intervienen en el juicio.

En cuanto a la regulación que se enmarca dentro de la práctica mundial de regulación por parte del Estado de todas las actividades y de lo que hacen o dejan de hacer sus habitantes, que ya no son súbditos, pues se convirtieron en ciudadanos a raíz de la Revolución Francesa, el derecho a la información y comunicación se lleva a cabo en el ámbito de una organización jurídico-política como es del Estado, donde hay leyes, reglamentos y disposiciones legales de distinta jerarquía, haciendo necesaria la existencia de una ley y una autoridad reguladora independiente de los otros poderes públicos, principalmente la Función Ejecutiva, para que la actividad y los derechos informativos sean ejercidos atendiendo a los principios de igualdad y generalidad, en adición a los que antes hemos mencionado. Pero la igualdad ante la ley no es realmente tal, puesto que las personas somos esencialmente diferentes. Lo que tenemos es derecho de igual trato ante la ley, y yo agrego que esto es en igualdad de circunstancias y así, por ejemplo, una circunstancia es la minoría de edad o la tercera edad; hombres y mujeres son distintos pero iguales ante la ley, pero la mujer en estado de gravidez tiene ciertos derechos, inclusive en materia laboral, que el hombre no tiene y así, sucesivamente.

Esto sigue de la política de regulación de todas las actividades y más aún las de interés general como son la salud y medicina, el libre tránsito y el transporte público; los servicios básicos, como la electrificación o el agua potable. Ahora bien, en el caso ecuatoriano, toda ley no solo la ley reguladora, puede ser perfeccionada, contemplando que la forma de elegir al titular de un órgano administrativo, pueda y deba ser garantizada con la independencia, profesionalismo y seriedad, en lo que la gran mayoría estará de acuerdo. Distinto sería volver a un estado de ausencia de ley que implica ausencia de normatividad y regulación de cualquier actividad y entre ellas la que estamos comentando puesto que, leyes como la Ley de Radiodifusión y Televisión, por ejemplo, ya existía en Ecuador desde 1975, a esta época insuficiente. Y para seguir introduciendo ciertas precisiones jurídicas, una poco conocida y menos aplicada, debo señalar que, a falta de ley, los jueces deben resolver atendiendo a los principios de Derecho Universal, y esto rige desde las primeras ediciones del Código Civil en el artículo 18 número 7 y el artículo 274 del derogado Código de Procedimiento Civil.

De manera que, si no existiera una ley de comunicaciones, respecto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y los distintos derechos que traen otras leyes que dan lugar, por ejemplo, al daño moral, esas leyes y aun esos principios de Derecho

y Justicia Universales serían aplicables para reparar los errores y más grave aún las faltas o infracciones de ciertos periodistas, como aquellos malos profesionales que ni siquiera se deben a los medios para los que trabajan sino, a veces, a los intereses creados de ciertos sujetos con cuentas pendientes con el país y su justicia que los propios periodistas tienen claramente identificados.

Las autoridades serán consideradas más o menos independientes, en proporción directa a la autonomía de la que gocen y, en tratándose de sectores como la información y la comunicación, su sola trascendencia en la comunidad justifica la existencia de autoridades solventes, profesionales serias, honestas y responsables, para así garantizar su recta actitud y la solvencia de sus decisiones.

AUTORREGULACIÓN DE LA PRENSA

Mucho se ha hablado y especialmente desde que se expidió la Ley Orgánica de Comunicación, de que era suficiente la autorregulación de la prensa con lo que se quiere significar autocontrol que, es un vocablo no admitido por la Real Academia de la Lengua, como bien explica Ernesto Villanueva en la obra *Diccionario de Derecho de la Información*. En definitiva, lo que se quiere decir es que los medios de comunicación se den así mismos unas pautas de conducta auto establecidas, por aparte del poder estatal y las normas que, como su nombre lo indica, norman una cierta actitud o conducta, pero, al ser “auto control” no existirían las características básicas de toda ley, como son la generalidad, el carácter obligatorio y la fuerza coercitiva para su cumplimiento.

El mismo autor, (Fuente: *Diccionario de Derecho de la Información*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, página 41), refiriéndose a Martin Löffler, señala que:

“Los organismos de autocontrol de la prensa son instituciones creadas por y para la prensa, en el seno de las cuales periodistas y editores, adoptando libremente sus decisiones y siendo responsables únicamente ante su propia conciencia, cooperan a fin de preservar la existencia de relaciones equilibradas y leales entre la prensa de un lado, y el Estado y la sociedad de otro, por medio del mantenimiento en el interior de la prensa de una alta moralidad profesional y por la defensa en el exterior de ella y de la libertad de prensa”

Ahora bien, independiente de que en esta definición no se contemplan normas de carácter procesal, se trata de una autorregulación estrictamente voluntaria, adoptada libremente, por la cual los periodistas no son responsables sino ante su propia conciencia, apartándose totalmente de la regulación del Estado que, necesariamente, debe ser un estado de derecho, para que dé las garantías fundamentales y las normas constitucionales que empiecen por consagrar la libertad de expresión, información, comunicación y conocimiento. Estos aspectos no pueden ser meramente opcionales, pues sería la única área sustraída a la regulación estatal y por ende no sometida al ordenamiento jurídico en un espacio y tiempo determinados.

No se trata, pues, de que el sector privado de la prensa convenga en autorregularse para dar tranquilidad al consumidor, vale decir receptores de la noticia y la información, ya que si hubiere sectores ajenos al ordenamiento jurídico o que tuvieran la posibilidad de escoger las leyes y reglamentos que puedan aceptar y estar sometidos, o no, traería como consecuencia lógica que tampoco estarían sometidos a los jueces ni a sus decisiones y bien podría imaginarse el caos en que se desenvolvería una sociedad en la que esté a la voluntad de los administrados o de las partes, aceptar o no, una ley o una decisión judicial, obviamente válidas, dictadas en la forma y el fondo, con las garantías constitucionales y procesales correspondientes. Esto convertiría a ciertas personas o grupos de personas en sujetos que, dentro de la organización social gocen solamente de derechos y no de las correlativas obligaciones que tenemos todos los habitantes y ciudadanos, en todas partes y ¿en qué quedaría, entonces, el inveterado principio de la igualdad de trato ante la ley? ¿No sería acaso una forma de volver a las relaciones primitivas de la comunidad?

Aun así, en el supuesto de ese autocontrol o autorregulación, es oportuno traer a colación lo que dice Jonatan Viale, un colaborador de la cadena de televisión americana CNN, ciertamente de las de mayor audición en el mundo, en un mensaje que exactamente dice:

“Creo que es el momento para hacer periodismo del bueno, sano, jugando limpio. El desafío es salir del titular puro y duro, traducir la noticia, hacer que la gente la disfrute y la entienda contando la verdad de lo que está pasando en mi región, en tu región”. (Subrayados son nuestros)

Innecesario glosar este mensaje más allá de destacar que, en sentido contrario quiere decir que hay periodismo del malo, no sano, que no juega limpio. Que la gente no disfruta ni entiende y que no se cuenta la verdad de lo que está pasando... Sugerimos verlo, como sugiero ver también lo que dice otra periodista de la misma cadena, Amanpour, que prefiere ser veraz, no neutral, entendiendo “veraz” como antónimo de “neutral”. Pero como es CNN en Español, hay que ir al diccionario de la Real Academia de la Lengua, que define veraz como: “Que dice, usa o profesa siempre la verdad”; y, “Neutral” en la primera acepción, como “Que no participa de ninguna de las opciones en conflicto”. Así las cosas y las acepciones, para nosotros la neutralidad sería uno de los elementos para llegar a la verdad.

Dicho esto, no cabe la menor duda que las normas relativas al honor, a la vida privada, a la propia imagen, que deben ser respetadas por todos, no se oponen a las garantías de libertad de expresión e información, y lejos de ello se complementan ya que el sistema jurídico es eso, un sistema congruente, adoptado para la vida civilizada en comunidad. De ahí que, la libertad de prensa no se limita porque haya derecho al honor, que lo que limita esa libertad de prensa es la censura previa, no la responsabilidad ulterior como lo prevé nuestro sistema legal y ello es apenas lógico. Lo mismo ocurre en la mayoría de países del mundo occidental.

La Ley de Radiodifusión y Televisión, en su mayor parte fue recogida como sección en la Ley Orgánica de Comunicación pero esa ley, como su nombre lo indica, estaba limitada a la radiodifusión y televisión, no a la prensa en general, como sí la comprende la actual Ley Orgánica de Comunicación de junio de 2013. El aspecto fundamental de esta ley, que bien puede ser mejorable, no es el desarrollo y aplicación de sus 119 artículos porque la misma es conexas con muchas leyes que han regulado la marcha de la República desde 1830 buscando evitar la distorsión, la tergiversación, el ejercicio abusivo, cuando no malicioso de los derechos de expresión -a veces sin el ejercicio previo del pensamiento- información y comunicación, que no tiene ni debe tener más límites que la responsabilidad ulterior.

En el aspecto penal, derivado del derecho a la honra y al honor debemos señalar que tampoco es solución que para garantizar la libertad de expresión haya que disminuir la protección de los principios jurídicos inherentes a la personalidad a los que, unas personas dan más importancia que otras pero, en definitiva, para todos tiene un significado trascendental. Es que la expresión debe usarse con prudencia, verdad, seriedad, y buena fe. Por ello, el haber suprimido el delito de injuria para dejarlo solo en infracción, que estaba tipificado en el artículo 489 del Código Penal y se clasificaba en calumniosa y no calumniosa, y esta última definida como toda expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto, grave o leve, siendo la primera la imputación de un vicio o falta de moralidad cuya consecuencia puede perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado; las imputaciones afrentosas; las imputaciones graves atendiendo el estado, destino y circunstancias del ofendido y del ofensor; y, las patadas, puntapié u otros ultrajes de obra.

Ahora, en el Código Orgánico Integral Penal COIP de febrero de 2014 la calumnia tipificada como la falsa imputación de un delito, por cualquier medio en contra de otra persona, excluyendo de la pena por calumnia a quien se retracte voluntariamente antes de sentencia ejecutoriada, con la especificación de que no implica una forma de aceptación de culpabilidad pero excluyendo, repito, lo que antes eran las injurias calumniosas graves como la imputación de falta de moralidad, las afrentosas u otros ultrajes de obra, simplemente nos hacen volver a lo más atávico, al propender a que se haga justicia por mano propia en tratándose de cuanta infracción hoy se cometa contra el honor y la honra de las personas, aun sometidas a golpes y ultrajes de obra, que serían plenamente impunes cuando no constituyan calumnia que es la falsa imputación de un delito. De manera que, la modificación contenida en el Código Orgánico Integral Penal COIP es una invitación a la respuesta proporcional, volver al ojo por ojo, diente por diente; que las ofensas de palabra se compensen y respondan con ofensas de palabra; y, los golpes y aún ataques físicos a la persona con otros de la misma clase que, inclusive, no requerirían siquiera el alegar la legítima defensa, reconocida por la legislación penal.

Concepción Carmona Salgado, Catedrática de Derecho Penal, en su obra Calumnias, Injurias y Otros Atentados al Honor, anota que:

“El derecho al honor no fue mencionado por ninguna de las Constituciones españolas, anteriores a la actual de 1978, que lo consagra como derecho fundamental en su art. 18.1 junto a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. A partir de esta premisa, su tutela jurídica bajo la normativa vigente se lleva a cabo –aunque no de forma exclusiva, ni tampoco necesariamente prioritaria– por el C P a través de los preceptos que regulan los delitos de calumnia e injurias”

Y más adelante agrega:

“Históricamente, el debate sobre la elaboración de un concepto de honor ha girado en torno a dos concepciones tradicionales: las denominadas fácticas, y las conocidas como normativas. Las primeras se desglosan, a su vez, en una vertiente objetiva, según la cual la tutela jurídico-penal no procede cuando el sujeto carezca de fama o reputación social por no existir estimación pública de sus valores, es decir, valoración realizada por la sociedad de los méritos que tiene o deja de tener una persona; y otra subjetiva, conectada de manera preferente con la estimación que el propio sujeto tenga sobre sí mismo, sin necesidad de otras exigencias añadidas.”

A continuación, la misma autora dice:

“resumiendo: el concepto jurídico-penal de honor tiene que hundir sus raíces en la idea de dignidad de toda persona como sujeto de derecho, puesto que constituye el núcleo determinante de su contenido, aunque desglosado en dos elementos fácticos, que son la fama y la autoestima, como sus más elementales manifestaciones.”

(Calumnias, Injurias y otros Atentados al Honor, Colección delitos 92 Editorial TIRANT LO BLANCH, Artes Gráficas, 14-56010 – Valencia 2012, páginas 27, 29, 32).

Hay que tener presente que para estos supuestos poco importa la verdad, ya que todos los casos de injuria y la calumnia, que es la falsa imputación de un delito, no importa la realidad y la verdad puesto que el móvil es claramente dañino, malicioso, que busca dañar a la persona ofendida, desacreditarla en su entorno porque gracias al avance tecnológico y a las redes sociales, que revisaremos más adelante, ocurre que las distancias desaparecen, ya porque en la televisión vemos en vivo y en directo lo que ocurre a 25 mil o 30 mil kilómetros de distancia, ya porque un mensaje en las redes sociales puede llegar a varios millones de personas en distintos países y aún continentes, en menos de una hora y más cuando se convierte en “viral” que más o menos significa difundido febrilmente. Hay todo un nuevo vocabulario en esta materia.

Recordemos que la protección penal del derecho al honor es muy antigua. Desde entonces se consideraban injurias las frases ofensivas que se proferían contra una persona y estas podían hasta dar lugar a un duelo (enfrentamiento armado) en sus distintas modalidades, para el que había unas reglas de general aceptación y cumplimiento, con-

tenidas en el Código de Cabriñana. Injurio era la denominación general ya que ésta, a su vez, se diferenciaba entre la contumelia y la difamación. Esa diferencia entre ambas radicaba en que la primera consistía en la ofensa hecha en presencia del destinatario de la misma, mientras que la difamación se hacía a sus espaldas. Por su parte, dentro de la difamación encontramos el libelo, caracterizado por la escritura y permanencia, aunque hoy más personas manejan las redes sociales y ven los noticieros de televisión; mientras son menos las que leen los diarios y menos aún sus páginas editoriales.

Según el diccionario de la Real Academia Española, la injuria es un “agravio o ultraje de obra o de palabra”. Este vocablo se vincula a la cuestión del honor, noción que en su dimensión subjetiva nos refiere a la autovaloración, esto es al aprecio de la propia dignidad. Se considera, además, que forma parte de esa noción la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de cada sujeto.

Desde el punto de vista jurídico la injuria, en Ecuador hoy solo infracción, se configura mediante una acción tendiente a deshonorar o desacreditar a otro. La actitud de deshonorar implica una conducta lesiva tendiente a afectar la autoestima, mientras que la de desacreditar socava la estima que los demás tienen respecto del individuo afectado. Para que esta infracción se configure como tal, una doctrina muy aceptada sostiene como requisito indispensable la existencia del “animus injuriandi”, es decir la conciencia de que ...“con el acto se viene a herir la reputación de un ser humano aun cuando no se proceda con explícita malignidad”... (Carrara).

Desde el aspecto psicológico el honor subjetivo nos vincula con el fenómeno de la autoestima conocido corrientemente como amor propio. En el proceso de construcción de la subjetividad, la autoestima se instituye en un componente fundamental para el desarrollo evolutivo del individuo. En las sociedades modernas donde rigen altos niveles de competitividad, la autoestima es una herramienta indispensable para la satisfacción de las expectativas individuales, profesionales, morales y un instrumento necesario para sobrellevar las vicisitudes propias de la actividad vital.

Nuestro sistema punitivo, el catálogo de inconductas y su tipicidad actualmente establecidas en el Código Orgánico Integral Penal COIP son independientes de otras leyes, como el Código Civil, que contempla el daño moral; o, las Convenciones Internacionales que garantizan los derechos humanos para, justamente, resarcir a los afectados por las difamaciones en medios de comunicación; o, por el abuso del poder fáctico y la conducta maliciosa, inclusive de jueces, diputados, hoy asambleístas que no dejan de ser diputados, entendidos como delegados, y más funcionarios de la maquinaria estatal.

DERECHO DE LIBERTAD

El derecho de libertad está desarrollado en el Capítulo 6, artículo 66 de la Constitución de la República y para entenderlo en su magnitud constitucional y legal debemos destacar que viene del derecho de toda persona porque todas las personas nacen libres, y eso implica el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos

de los demás (Art. 66, 5 CRE); el derecho a opinar y a expresar su pensamiento libremente (Art. 66, 6 CRE) que implica también el derecho a practicar y profesar en público o en privado su religión o creencias (Art. 66, 8 CRE) difundiéndolas, individual o colectivamente, con las restricciones que imponga el respeto a los derechos de otras personas, pues este principio, que implica también libertad ideológica, tiene que ser ejercido con los límites establecidos en el número 7 del mismo artículo 66 de la Constitución, que consagra que:

“Art. 66.- 7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario”.

Y en cuanto al derecho al honor y al buen nombre (artículo 66, 18 CRE), aparte de que la ley protege la imagen y la voz de la persona, que nos lleva a recordar la frase del filósofo René Descartes: “Pienso, luego existo” necesariamente implica que, antes de expresarse hay que pensar, aunque ese pensamiento, en ciertos casos, tiene limitaciones que vienen de la naturaleza que Salamanca no puede suplir... Pero, la secuencia de existir, pensar y expresarse es la que interesa a la ley y a la vida en comunidad.

Concomitante con los derechos anteriores se contempla el derecho a ejercer una filiación o pensamiento político (Art. 66, 11 CRE). Y, entre los derechos de participación está también el de participar en los asuntos de interés público (Art. 61, 2 CRE) y el de conformar partidos y movimientos políticos (Art. 61, 8 CRE).

Otro aspecto de la libertad de expresión, que no ha sido suficientemente destacado es el ideológico, que en pocas líneas resume con claridad meridiana Ramón M. Orza Linares, Profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, en estos términos:

“Así, es necesario tener en cuenta que la libertad de expresión y el derecho a la información son complementos de la libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución y ésta, a su vez, es una manifestación de la libertad que es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la Constitución) y fundamento de nuestra democracia constitucional. Así la STC 10/1990, de 15 de febrero, señala que -a la libertad ideológica que consagra el artículo 16.1- de nuestra Constitución le corresponde -el correlativo derecho a expresarla que garantiza el artículo 20.1)- (fundamento jurídico 5)

Y en el mismo estudio el autor agrega que,

“En definitiva se trataría, como ya apuntara el Decreto IX, de 10 de noviembre de 1810, de las Cortes de Cádiz, -de que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas, es no sólo un freno de la arbitrariedad de los que go-

biernan, sino también un medio de ilustrar a la Nación en general y el único camino para llegar al conocimiento de la verdadera opinión pública-“

(Elementos para el Estudio del Derecho de la Comunicación, Editorial TECNOS (Grupo ANAYA, S.A.) 2017, páginas 46 y 47)

Hay una diferencia entre la libertad de información y la libertad de expresión por lo que el Tribunal Constitucional español considera que estos dos derechos son diferentes por cuanto -presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos- como lo recoge el profesor Orza.

VERACIDAD

La veracidad es la congruencia o coherencia entre los hechos materia de la información y la realidad actual o histórica que, talvez, no siempre pueda ser absoluta para no impedir el ejercicio del derecho al que tienen que estar ajustados los hechos que, en ciertos casos, como en el de la información judicial, deben ser probados, pues esa realidad puede estar sujeta a error por parte del informador, en cuyo caso estará obligado a rectificar.

Hay quienes distinguen la necesidad de tratar diferenciadamente el aspecto de la veracidad cuando se trata del honor o de la intimidad, que son bienes jurídicos distintos. De cualquier manera, para asegurar la veracidad está particularmente vedado transmitir rumores, inventos y afirmaciones insidiosas o infundadas, encaminadas a dañar la imagen o afectar el honor de una persona, alterando o no su intimidad.

Pero es bien entendido que, para la información pública debe estar de por medio el interés o la relevancia pública, ya por el hecho en sí mismo, como bien señala el mismo autor, ya por la persona implicada en los hechos relacionados que, ciertamente, no tendrían por qué introducirse en la vida privada, ni en lo que afecta a la reputación de una persona o que fuere superficial, incluyendo lo que fuere indiferente para el interés público.

Sobre este tema, el mismo profesor Orza señala cuáles serían las informaciones consideradas relevantes:

“- Todo lo que se refiera a la política en sentido amplio, al gobierno de la sociedad democrática, tanto en el ámbito internacional, nacional, como local, incluyendo partidos políticos, elecciones, Parlamento, Gobierno, Ayuntamientos, empresas públicas, reuniones políticas, manifestaciones, política internacional, organizaciones internacionales, etc.

-Todo lo relacionado con la economía, los impuestos, los presupuestos públicos, las subvenciones, las ayudas públicas, los empresarios y sus organizaciones, los sindicatos, las relaciones laborales, etc.

-Todo lo que respecta a la ciencia, la tecnología, la sanidad, el consumo, la educación y la investigación.

-Asimismo se han considerado relevantes informaciones sobre sucesos, incendios, robos, delitos en general, actuaciones de la policía, etc. La justicia y la aplicación de la ley, las prisiones y el cumplimiento de las penas en general, etc.

Además, es habitual considerar relevantes las informaciones sobre actividades artísticas, deportivas y culturales, olimpiadas y encuentros deportivos, pero también presentaciones de libros, conferencias, exposiciones, obras de teatro, etc.

(Elementos para el Estudio del Derecho de la Comunicación, Editorial TECNOS (Grupo ANAYA, S.A.) 2017, páginas 54 y 55).

Un análisis de la jurisprudencia internacional y de la española en esta materia, según el mismo autor, nos permite indicar qué condiciones se deben cumplir para que los límites que puedan regularse en el ejercicio de estos derechos sean compatibles con su finalidad y no afecten a su contenido esencial. Y continúa explicando que tales condiciones se suelen conocer como el texto de los límites, y consiste en valorar los siguientes extremos:

“- La limitación o injerencia ha de estar prevista en la Ley.

-Ha de estar justificada en una finalidad constitucionalmente legítima.

-Ha de ser necesaria en una sociedad democrática.

-Debe ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida”.

(Elementos para el Estudio del Derecho de la Comunicación, Editorial TECNOS Grupo ANAYA, S.A., 2017, páginas 68 y 69).

Afirmar algo a sabiendas que no es cierto o más grave aún, acusar infundadamente no es ejercer la libertad de expresión o pensamiento sino mentir, ifaltar a la verdad! y a veces con el propósito, ni siquiera disimulado, de causar daño, lo que comúnmente se ve en las campañas políticas, particularmente cuando algunos periodistas abiertamente toman partido por un candidato, tergiversando, desinformando, cambiando los hechos, dañando la imagen pública y cometiendo una serie de desafueros que, cuando se reclaman, suele responderse alegando “libertad de información, de expresión o de pensamiento” que es cosa diametralmente distinta, como lo vamos estudiando, comentando y entendiendo.

SERVICIOS AUDIOVISUALES

En materia de servicios audiovisuales hay un tratamiento diferenciado de lo que es la comunicación en general, pues en esta área, particularmente, intervienen también los prestadores públicos del servicio, que en el mercado compiten en igualdad de condiciones con los prestadores privados, salvo ciertas excepciones como las relacionadas con el financiamiento o similares.

La Constitución ecuatoriana en muchos pasajes permite, entendido que la Constitución es la Ley Suprema; y, la ley por definición legal manda, prohíbe o permite. La ley es, pues, mandatoria, prohibitiva o permisiva; bien entendido que en un mismo texto legal pueden aparecer disposiciones indistintamente de una u otra naturaleza. Existe tam-

bién la ley punitiva que es la ley penal porque contiene la amenaza de una pena, definida, así en el artículo 1 del Código Penal, hoy artículo 1 del Código Orgánico Integral Penal, extendido a la penalidad, tipificación y procedimiento de la ley penal.

Ahora bien, la Ley de Comunicación permite la prestación de los servicios audiovisuales y éste es un tipo de ley que, prácticamente, existe en todas partes. La comunicación audiovisual tiene como antecedente legal una ley que contempla la prestación de esos servicios, tanto por parte de los entes individuales o del sector privado. Entonces, estos servicios deben ejercerse atendiendo a los principios y mandatos contenidos en la ley en general, y en su ley en particular. Existe la libertad de prestar el servicio, pero, como todas las áreas de la actividad humana está regulada por la necesidad y beneficio comunes. Así las cosas, el problema respecto de la ley ecuatoriana no estriba tanto en ella sino en las personas, en quienes no la cumplen y en quienes la aplican arbitraria, abusiva, exagerada, injustamente o, en definitiva, desatendiendo su texto literal, antecedentes y espíritu, que constituyen sus verdaderos fines. De ahí que, no es raro que quienes aplican una ley, juez o burócrata, lo hagan dando por inexistente parte de la misma o en abierta contradicción con la exposición de motivos que explica el por qué y para qué de la ley, sus fines y la materia que regula a continuación, que constituyen la historia de la ley y facilitan su leal interpretación y correcta aplicación.

Por ello el artículo 17 de la Ley de la materia, consagra el derecho a la libertad de expresión y opinión que tienen todas las personas, que serán responsables por sus expresiones de acuerdo con la misma ley. La manera de hacer efectivo este derecho es, como lo hace el artículo 18, prohibiendo la censura previa de cualquier autoridad o persona que, en ejercicio de funciones o en cualquiera otra calidad, revisa, aprueba o desaprueba los contenidos de la noticia o de la información y expresión previos a su difusión a través de cualquier medio y cualquiera que fuere el fin, como por ejemplo, de obtener de forma ilegítima un beneficio propio, de favorecer a una persona o perjudicar a un tercero. Los medios de comunicación tienen el deber de difundir los hechos de interés público y por ello la omisión deliberada y recurrente de difundir temas de interés público constituye un acto de tácita censura previa. En estos casos los responsables serán sancionados administrativamente por la Superintendencia de la Información y Comunicación sin perjuicio de la responsabilidad judicial (Art. 18 de la Ley de Comunicación).

Ahora bien, la responsabilidad ulterior es la obligación que tiene toda persona de asumir las consecuencias posteriores por difundir contenidos que lesionen los derechos de terceros, establecidos en la Constitución; y, en particular los derechos a la información veraz y la comunicación segura. Asimismo, el autor de la información falsa o difamatoria tendrá responsabilidad ulterior en los ámbitos administrativo, civil y penal, cuando los administrativos sean asumidos expresamente por el medio o no se hallen atribuidos explícitamente a otra persona. Los medios de comunicación tendrán también responsabilidad solidaria por la indemnización a que haya lugar por el incumplimiento u obligación de hacer las rectificaciones o impedir el derecho a la réplica.

“Ir en busca de la “Justicia” o reflexionar en torno a la “Verdad” es uno de los cometidos que mejor pueden definir, en el momento presente, la responsabilidad constitucional de la norma procesal y del proceso”. (No. 39 Donostia, Instituto Vasco de Derecho Procesal)

En nuestra ley el derecho a la réplica comprende la obligación de los medios de publicar en el plazo de 72 horas, de forma gratuita, con las mismas características y en el mismo espacio, sección u horarios las rectificaciones a que haya lugar. Este derecho a la réplica lo tiene toda persona que haya sido aludida en un medio de comunicación, de forma que afecte sus derechos a la dignidad, honra o reputación. Otra cosa es la posición de los medios sobre asuntos judiciales, que deben abstenerse de tomar una actitud sobre la inocencia o culpabilidad de las personas involucradas en un juicio o investigación, fiscal o judicial, inclusive controversias civiles. En tratándose de los medios audiovisuales, estos tienen la obligación de prestar gratuitamente los servicios sociales siguientes:

1. Transmitir en cadena nacional o local los mensajes de interés general que disponga el Presidente de la República o la entidad de la Función Ejecutiva que reciba esta competencia.
2. Transmitir en cadena nacional o local, para los casos de estado de excepción previstos en la Constitución de la República, los mensajes que dispongan el Presidente de la República o las autoridades designadas para tal fin.
3. Destinar una hora diaria para programas oficiales de tele- educación, cultura, etc.

LA REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS

La regulación de los contenidos es una norma legal en muchos países y, particularmente, en la ley española la regulación de los contenidos es de competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas que aprueban las normas básicas de la prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social que en algún momento el titular era el sector público, como monopolio hasta que España entró en la Unión Europea. Después, la regulación de los contenidos ha adquirido mayor relevancia y sustantividad propia dirigida a garantizar una adecuada provisión de contenidos por los medios audiovisuales, tanto en lo cuantitativo cuanto en lo cualitativo. (Carmen María Ávila Rodríguez, Universidad de Málaga, Elementos para el Estudio del Derecho de la Comunicación, Segunda Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A., 2017)

SERIEDAD DE LA PRENSA

Robert Skidelsky, miembro de la Cámara de los Lores Británica, escribió en la página editorial del diario Expreso de Guayaquil, entre los más importantes del país, del 23 de marzo de 2018, lo siguiente:

“A principios del mes, el exactor y comediante John Ford reveló que durante 15 años, de 1995 a 2010, fue empleado por el periódico Sunday Times de Rupert Murdoch para

conseguir información mediante piratería y embaucamiento, sobre asuntos privados de decenas de personas prominentes, incluyendo el entonces primer ministro Gordon Brown. Ford dijo: “Intervine sus líneas telefónicas, sus teléfonos móviles, sus cuentas bancarias, robé su basura”. Algunos de los nombres más destacados en el periodismo británico probablemente se vean empañados por esta y otras revelaciones sobre ilegalidades y actos indebidos. La trama básica se remota a los fundamentos de la prensa libre que emergieron de la abolición de la concesión de licencias en 1695. Para cumplir con lo que se ha visto, desde entonces, como el propósito emblemático de la prensa

-hacer que quienes estén en el poder rindan cuentas. La prensa libre necesita información. Confiamos en que investigue el ejercicio del poder y saque a relucir los abusos. En este contexto, inevitablemente se debe rememorar las revelaciones de Watergate que derrocaron al presidente Richard Nixon en 1974. Sin embargo, los escándalos reales no son necesarios para que la prensa haga su trabajo”.

El editorial del diario El Universo del 11 de marzo de 2018, resume una posición clara sobre lo que debe entenderse como la Obligación ética en tratándose del periodismo y, en ese mismo diario, en la página de los lectores, frente a la editorial, todos los días sale la frase de Luis A. de Bonald que con claridad meridiana resume la necesidad de las leyes relacionadas con la prensa, al igual que con cualquiera otra actitud que se lleve a cabo en una sociedad jurídicamente organizada. Esa frase dice:

“Un Estado puede ser agitado y conmovido por lo que la Prensa diga, pero ese mismo Estado puede morir por lo que la Prensa calle. Para el primer mal hay un remedio en las Leyes; para el segundo, ninguno. Escoged, pues, entre la Libertad y la Muerte”.

Quede claro que las leyes, todas las leyes que se expiden en un momento dado, aunque pueda ser de manera imperfecta y aún defectuosa, es porque son necesarias. De ahí que, si un funcionario deliberadamente alteró la redacción y el texto de una ley, como la de Comunicación, para con base en esa alteración imponer sanciones, debe responder no sólo por la ilegalidad sino por el delito de falsificación de instrumento público y nada menos que de una ley de la República; y, en otro caso, invocó sin desenfado alguno una ley inexistente para censurar, ahí si censurar previamente, una réplica que no podía censurar y, sobre cuyo contenido no le tocaba pronunciarse.

En el mismo diario El Universo, Editorial del 14 de marzo de 2018 se destaca que fue la actuación del funcionario la mala, no criticando la existencia de la ley, en estos términos:

“De esta manera terminó la actuación de un funcionario que se extralimitó en sus funciones y que dedicó todo su esfuerzo a tratar de amedrentar y silenciar a la prensa, en evidente irrespeto al derecho de los ciudadanos a la información, vulnerando el derecho de los medios a ofrecérsela con libertad”.

CONCLUSIÓN

En los regímenes totalitarios es cuando más notoria se hace la necesidad de reglas claras, que garanticen los derechos fundamentales sobre todo cuando necesitan invocarlos ante el Estado que, generalmente, tiene todos los poderes, la información y la decisión sobre el acceso a la tecnología, pero ese no es el caso en los regímenes democráticos donde – en teoría al menos – impera el Derecho, la Constitución y los derechos fundamentales, individuales o colectivos, que se oponen al poder omnímodo del Estado que no es absoluto sino, por lo contrario, limitado no solo por las normas constitucionales sino por todo un sistema de pesos y contrapesos que vienen en permanente desarrollo y evolución desde la Revolución Francesa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, traducción al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo Tomo X Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 48, Preciados, 48 190)
- Jean-Jaques Rousseau, que en su famosa obra publicada en 1762 “El Contrato Social” (Fuente: Traducción de Leticia Halperín Donghi, Buenos Aires, Argentina, Editorial Losada, 2005, página 56)
- Widar Cesarini Sforza, (Fuente: El Derecho de los Particulares: Editorial Aranzadi, 2016, Italia)
- Dr. Rodrigo Borja Cevallos, (Fuente: Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, página 154)
- Sor Juana Inés de la Cruz, (Fuente: Octavio Paz, Las Trampas de la fe, Fondo de Cultura Económica, 1993, página 364).
- Robert Alexy (Editorial Gedisa, 2004, Barcelona-España, página 211)
- Carlos Vaz Ferreyra: (Fuente: Moral para Intelectuales, Talleres Gráficos Impresora Uruguaya S. A., Juncal, Montevideo Uruguay, 1957, página 52)
- Ernesto Villanueva, (Fuente: Diccionario de Derecho de la Información, Editorial PORRÚA, Universidad Nacional Autónoma de México, páginas 9 y 41)
- Lucio Ramírez León (Diccionario de Derecho de la información, Editorial Porrúa, México, página 11)
- Concepción Carmona Salgado. (Calumnias, Injurias y otros Atentados al Honor, Colección de-
litos 92 Editorial TIRANT LO BLANCH, Artes Gráficas, 14-56010 – Valencia 2012, páginas 27, 29, 32).
- Ramón M. Orza Linares (Elementos para el Estudio del Derecho de la Comunicación, Editorial TECNOS (Grupo ANAYA, S.A.) 2017, páginas 46, 47, 54, 55, 68 y 69)
- Carmen María Ávila Rodríguez, (Universidad de Málaga, Elementos para el Estudio del De-
recho de la Comunicación, Segunda Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A., 2017)
- Robert Skidelsky, miembro de la Cámara de los Lores Británica, (página editorial del diario
Expreso de Guayaquil, 23 de marzo de 2011.

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN ROMANO EN EL ÁMBITO JURÍDICO GLOBAL

THE ACCEPTANCE OF ROMAN COMMON LAW IN THE GLOBAL LEGAL FIELD

BERNARD MANZANO VIGNOL¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

El trabajo realizado nos da a conocer, como ha surgido el Derecho Común Romano desde la antigüedad hasta hoy en día, por ello, se parte mencionando a la recepción y globalización dentro del Derecho Romano. Esto permite construir un sistema lógico, coherente y científico, para poder abordar los problemas jurídicos del hombre. Seguidamente tenemos el Contexto Jurídico Romano, el cual hace referencia al aporte del Derecho tanto en Roma, Europa Occidental y América, en donde nos establece la división que actualmente padecemos, producto de la falta de una conciencia jurídica común. Luego, se realiza un análisis del *Ius Gentium*, *Ius Naturalis*, *Ius Civiles* e *Ius Commune*. Por último, se explicará la permanencia del Derecho común en nuestra historia, los intereses y objetivos que se procura para lograr el orden que se necesita, puesto que, el Derecho se encuentra ausente en la globalización actual.

PALABRAS CLAVE: Recepción, Derecho común, globalización, Roma, permanencia.

RECIBIDO: 09/01/2018
ACEPTADO: 27/06/2018

CORRESPONDENCIA:
bmanzano@lexmanzano.com

ABSTRACT

The work done gives us the Knowledge as to how the Roman Common Law from ancient times has emerged until now, that is why it begins mentioning to the acceptance and globalization under Roman law. This led to build a logical system, coherent and scientific, in order to confront the legal problems of humanity. After this we have the Roman Context, which makes reference to the contribution of law in Rome, Western Europe and America, where the division that we suffer now was established, as a product of lack of a common legal awareness. Then it makes an analysis of the *Ius Gentium*, *Ius Naturalis*, *Ius Civiles* and *Ius Commune*. In the end, it explains the permanence of the common law in our history, the interests and goals required, since it is absent in the actual globalization.

KEYWORDS: Acceptance, common law, globalization, Rome, permanence.

INTRODUCCIÓN

La recepción es la acción y efecto de recibir un aporte de otro para cambiar, mejorar o suplir lo que se requiere para algo propio. La globalización, por su parte, es aquella organización de las naciones todas, compartiendo su cultura, valores, inclusive aspectos económicos, sociales y políticos, con el fin de que exista una internacionalización y participación colectiva de los Estados.

Roma ha contribuido con un sin número de fuentes del Derecho al mundo actual; todos sus autores como Ulpiano y Justiniano, y sus grandes contribuciones han permitido que esta romanización, tal como suelen denominar algunos autores, se extienda tanto, que sigue siendo utilizado en el mundo jurídico actual. La recepción del Derecho Romano en la globalización es, sin lugar a dudas, la inclusión de temas jurídicos capaces de reformar, mejorar y suplir Derechos de otros, realizando y perfeccionando una cadena interrumpible de conocimientos que se tornan independientes del receptor y del receptante. Debido a su fuerza interior sobrepasa el derecho histórico de Roma para proyectarse en el pensamiento Universal¹.

El legado que nos ha dejado Roma es el Derecho Común, que se ha ido fortaleciendo basándose en el *Ius Civilis*, *Ius Naturalis* e *Ius Gentium*, cada rama con su particularidad han creado un Derecho Común, aquel que participa activamente en el Derecho Internacional, aplicando un término actual; denominado así, no por las raíces anglosajones, ni refiriéndose al Derecho de los países que basan su sistema normativo y regulaciones en esta corriente, sino por ser un Derecho aplicable a todo acto jurídico emanado de la interacción de los países, y de la mayoría de los Estados entre su propia sociedad.

La Región Latinoamericana, formada con la cultura occidental, tiene un problema cultural, que ha terminado en inseguridad política; esto acarrea una enorme problemática para el correcto desarrollo del Derecho, pero lo que se trata de entender es la correcta práctica del Derecho Común en las relaciones internacionales, y analizar el papel funda-

¹ Derecho Romano, J. Iglesias, Ariel-1983, pág. 81 y 81. "En los fondos silenciosos de esa historia impalpable (intrahistoria la denomina el Profesor Iglesias), vive en lo eterno de Roma. A lo largo de los siglos, por encima de Roma, lo romano actúa como la fuerza continua de un ser vivo".

mental que cumple la democracia, la justicia de un ente que promueva la participación de los países, de la creación de un Derecho Universal, que regule de manera óptima mediante tratados, pactos, consejos, jurisprudencia.

El objetivo del desarrollo de este tema es entender cómo y porqué, aquel Derecho que nació en una de las primeras metrópolis, sociedad organizada, que creó un sistema jurídico tan completo, sigue permaneciendo en el Derecho Actual, y que, de hecho, son aquellos principios nacidos en este sistema los que promueven un correcto desenvolvimiento de los países que viven la realidad de la globalización. Es la complejidad de satisfacer los intereses propios de cada Estado el principal motivo de una regulación internacional.

DESARROLLO DEL TEMA RECEPCIÓN Y GLOBALIZACIÓN

Más allá de las cuestiones políticas y militares propias de Roma, la recepción sirve en virtud de las características del Derecho Romano: universal, intemporal y abstracto. Cualidades que le permiten abordar los problemas jurídicos del hombre, presentando fórmulas aplicables a situaciones previamente conocidas, axiomatización como la denominada Ulrich Klug, y por lo tanto a partir de ello construir un sistema lógico, coherente y científico.

Las invasiones de los bárbaros en el territorio del Imperio, especialmente en Europa Occidental inicia la formación de esa parte del mundo; la iniciación es violenta y destructiva, salvo en la apreciación del Derecho Romano lo que dio origen al perfeccionamiento secular de una continua recepción.² A través de estos acontecimientos surge la denominada recepción.

El derecho denominado Común, por una serie de naciones, es la etapa actual de la recepción del Derecho Romano; en consecuencia, la presencia de la recepción en la cultura jurídica occidental sigue siendo válida en tanto y en cuanto sepamos aplicarla a los problemas que presentan nuestras sociedades como partes de un todo interdependiente y sistémico que requiere las bases y las estructuras insustituibles del derecho.³

La recepción es el común denominador presente desde Roma hasta el tercer milenio; consecuentemente responde a la necesidad de una organización jurídica adecuada y su inmediata aplicación a la globalización.

Por su parte, la globalización es el instrumento que debe servir de guía para lograr un justo intercambio de valores correspondientes a las necesidades de toda la humanidad considerada individual o social, sea cual fuera su organización.

² Ídem. "Así como el Imperio Romano llevaba en su seno la incipiente Europa, así también el derecho de Roma abrigaba el germen de la mañana, del Derecho Común y Europeo".

³ Ídem. "No estamos tan lejos de Roma como parece. Nuestra civilización se alimenta de lo que olvida, de lo que ignora y de lo que niega. Y si esto es así, toca a los romanistas, por encima de todo, poner en claro la razón y medida en que el derecho romano puede servir para aliviar las congojas actuales".

La globalización, actual, la han propuesto aquellas naciones que tienen el poder económico, que se las identifica como las naciones del primer mundo o industrializadas o del grupo G8 o del hemisferio norte, y lo ejercen a través de sus empresas multinacionales o transnacionales y de los organismos creados por ellos para dirigir los segmentos políticos, sociales y económicos de particular interés.

Tal como están presentadas las alternativas de esos intereses de las naciones aquí indicadas, la globalización no ha hecho más que crear una creciente angustia a través de los organismos que la forman, tales como el FMI, BM y OMC, de acuerdo a la opinión sobre el tema⁴, quienes, además, señalan la falta de la intervención decisiva del derecho para enderezar de manera urgente el desequilibrio que afecta a las naciones en desarrollo, en vía de desarrollo o del tercer mundo⁵.

Cuando nos referimos a la ausencia del derecho en la formación de la globalización actual, es efectivamente la falta en el fondo o en la forma; las leyes, regulaciones o reglamentos creados por las organizaciones supra indicadas merecen nuestro rechazo porque, precisamente, tales normas carecen del sentido de un derecho, universal e intemporal.

Si la globalización es una respuesta válida para crear un orden justo y equilibrado, requiere la inclusión de la única materia (Derecho) que puede y debe aportar el orden que todos esperamos.⁶

SIMILITUD DE INTENCIÓN

Es incuestionable que tanto la recepción como la globalización se presentan en el panorama intelectual y realista de la humanidad como avance significativo con proyecciones inmediatas y hacia el futuro para establecer una plataforma común de intereses que permita la libre aceptación y discusión de los temas considerados más importantes para la vida del hombre.

La recepción del Derecho se inicia en la propia Roma cuando adopta el *Aiuda Gentium* a través de la labor del Pretor ; la recepción del derecho Romano y por las naciones que entraron en contacto con Roma vía conquista, clientelismo, anexión o alianza se producen por la expansión de Roma que aporta Derecho a discreción de los pueblos para moldear sus inquietudes jurídicas sin tener que exigir la renuncia de sus propias concepciones y, paradójicamente, la recepción del Derecho Romano por los Germanos

⁴ El Malestar de la Globalización; J. Stiglitz, Taurus- 2003, pág. 299. “La globalización actual no funciona. Para los pobres de la tierra no está funcionando. Para buena parte del medio ambiente no funciona. Para la estabilidad de la economía global no funciona”, “La pobreza ha crecido y los ingresos se han hundido”.

⁵ ¿Qué es la Globalización? Ulrich Beck, Paidós. 1998, pág. 164. Los diez errores de la Globalización.

⁶ Ídem. Las diez soluciones a los errores de la Globalización; pág. 181.

(Bárbaros según la nomenclatura política Romana) se efectúa sin haber sido conquistados por el imperio.⁷

La globalización surge con la tecnología de las comunicaciones integrando las naciones y sus habitantes en tiempo real dentro del espacio del comercio y telecomunicación es en procura de bienes y servicios masivos y asequibles a todos. En ambas situaciones la intención es elevar sustancialmente la calidad de vida en lo jurídico y en lo económico.

Lo jurídico se perfeccionó en el intelecto de los letrados y en la intuición de todos; lo económico se manifiesta en el afán de obtener réditos y abarcar el máximo de individuos.

Los objetivos son totales en la recepción porque abarcan el derecho en todas sus manifestaciones y parciales en la globalización porque se restringen al aspecto económico en detrimento de otros. La invocación al Derecho se torna impostergable para equiparar los valores que debe asumir la globalización, otorgándole a cada uno de ellos la protección que requieren y por ende incluir equidad y justicia.

No obstante, ambas situaciones comparten el beneficio común de aportar racionalidad e intención en los vínculos entre las personas y las naciones.

OBJETIVOS INCONSCIENTES (OCULTOS, ILÍCITOS)

El vocablo de inconsciente se relaciona a la ligereza de la aceptación de la globalización, léase culpa y dolo, más que a la inconsciencia misma. En este caso la ligereza es artificialmente creada por los organismos de presión bajo la presentación de fórmulas cuyas implantaciones son la consecuencia del sometimiento a las sugerencias realizadas que, en el lenguaje pseudo-jurídico la denominan intenciones. Inconsciencia de los gobiernos que aceptan las sugerencias a través de un supuesto acto libérrimo y autónomo en el que manifiestan su “Intención” sin medir las consecuencias sociales que se pesan en sus gobernados; culpa por no administrar el estado en la forma constitucional prevista y dolo por la intención de irrigar daño a la nación (imposibilidad del pago de la deuda e intereses, recargos impositivos, aumento de servicios básicos, corrupción a todo nivel, quiebras y finalmente migraciones masivas de primer mundo).

DIFERENCIAS Y CONTRADICCIONES

La diferencia sustancial entre los dos términos de este tema radica en la recepción del Derecho como eje central y en la globalización exclusivamente económico- financiera. Esta diferencia no sería criticable si la globalización hubiese considerado los demás aspectos que debería incluir, por lo tanto, el problema que se presenta está en las diferencias que

⁷ Los Extravíos de la Libertad, Pierre Grimal. Gedisea. 1998, pág. 160. “En efecto, en Occidente la romanización no fue la integración de los pueblos conquistados en un orden impuesto por la fuerza, sino que consistió en proponer a esos pueblos un modo de vida y un sistema de pensamiento fundados en la persona humana”.

dan origen a las contradicciones que crea la globalización al ignorar la razón jurídica como principio rector de vida.

La principal contradicción es el manejo y conceptualización de las leyes del mercado que pretenden desplazar las leyes como materia exclusiva del derecho.

Las leyes del mercado rigen según patrones de políticas financieras que responden a extremismos y la globalización que nos ocupa considera, solo y exclusivamente, el capitalismo neoconservador sustentado por el poder total; en estas circunstancias existe una distorsión que vicia la obligación por tener que aceptarse un modelo económico impuesto unilateralmente por una de las partes.

Otra contradicción es el manejo unilateral de los bienes y servicios impuestos a la otra parte vía las organizaciones internacionales no gubernamentales mediante exigencias liberalizadoras⁸ que provienen del grupo detentador de los medios de telecomunicaciones y de la tecnología computacional. Según Rifkin se ha iniciado la era de la locación manteniéndose la propiedad en los detentadores originando abandono paulatino de la compraventa.

La tercera contradicción y la más grave es la ausencia deliberada de los derechos de las naciones e individuos del resto del mundo, a quienes se le impone reglas dictadas y luego juzgadas por los estados, organizaciones, corporaciones supranacionales y supra gubernamentales o los imperios económicos amparados por sus propias regulaciones, lo que convierte toda ligación en una imposición ilegítima.

ERROR FUNDAMENTAL

- a. La ausencia de voz y voto de las naciones, menos o nada favorecidas, en las deliberaciones internacionales las convierten en una especie de clientela global que no tiene otro camino que el de aceptar las resoluciones que se les imponga, aún en contra de sus Constituciones, en las que los términos inferencia y autonomía se convierten en una mera declaración sin aplicación alguna que afecta a todos sus habitantes, la inmensa mayoría de la población humana, ignorándose el valor de la equidad.⁹

Este hecho guarda relación con las revoluciones sociales de Roma entre patricios y plebeyos, el tema siempre recurrente de la toma de decisiones capitales por una minoría que asume para sí los derechos de las mayorías, cargándoles casi la totalidad de los deberes, sin representación real y efectiva; la equidad ha desaparecido vulnerada o disfrazada en pretextos paternalistas a la manera de las protecciones del patrono para sus clientes o las del señor feudal para sus vasallos.

⁸ La Era del Acceso. J. Rifkin, Paidós. 2000. pág. 291. “La desregulación de las telecomunicaciones... una nueva forma de colonialismo, que empobrece aún más a los países más desfavorecidos”.

⁹ La Justicia como Equidad, J. Rawls. Paidós. 2002. pág. 291. “La sociedad como un sistema equitativo de cooperación... El papel de los principios de justicia consiste en especificar los términos equitativos de la cooperación social”.

El problema sustancial sigue siendo la falta de Derecho, de aquella norma descrita y analizada por todos los filósofos, historiadores y juristas desde los albores de las primeras civilizaciones hasta en tercer milenio. Nos estamos acostumbrando a creer en símiles de derecho en sustitución de la norma jurídica.

SOLUCIÓN

A contrario sensu la recepción presenta un derecho capaz de resolver problemas mediante la utilización de principios y acciones que no precisan de imposición alguna; en consecuencia, significa que la recepción fue y sigue siendo un mecanismo útil y adaptable capaz de crear o de generar común, como lo prueban los actos inequívocos de consenso general que testimonia la historia.

Los juristas romanos entendieron que la libertad, vista como aquel consenso, es la única razón capaz de ofrecer a propios y extraños un espacio de autonomía en el que se desarrolla la aceptación del Derecho como centro y eje vital; independiente de las opiniones que afirman el deceso o el ocaso del derecho romano. Permanece la realidad incontrovertible de la recepción del derecho basado en el esfuerzo civilizador de Roma y sus juristas, entendiéndose a estos últimos como todos aquellos que participaron y participan en la construcción del derecho común, romanos y peregrinos de ayer y hoy.

La razón de este fenómeno radica en las concepciones del derecho civil, del derecho natural y el de gentes, cuyos ingredientes básicos se pueden resumir en la genialidad de la definición de Celso “*Ius est ars et aequi*”: la universalización de una verdad consustancial a nuestra naturaleza con total independencia de tiempo y espacio: el “ars” de Celso y el actual, el “bonae” de su era y el de hoy, y la “aequi” de Roma y de este tercer milenio son: El arte, la bondad y la equidad de siempre y sustento del derecho común.

CONTEXTO HISTÓRICO JURÍDICO

LA ANTIGÜEDAD Y ROMA

No cabe duda para nadie que el aporte sustancial de Roma es y sigue siendo su Derecho. El asunto de fondo es saber porque ese Derecho en particular perdura de modos diversos en el Derecho actual y en sus legislaciones. La razón fundamental está en la universalización de sus preceptos, síntesis de toda la materia jurídica que estuvo al alcance de los romanos; la Ley de las Doce Tablas demuestra la mentalidad abierta a nuevos conocimientos y la aplicación de sus propias realidades. Las legislaciones de Asia menor y la filosofía Griega constituyeron la entidad política social romana; lo que les permitió, entre otros logros, la concepción que equipara la voluntad privada (manifestada en un contrato) a una ley para las partes, el ejercicio de la libertad jurídica, las concepciones relativas a la res pública con momentos estelares y no repetidos como la creación del Tribunado de la Peble, la integración del derecho de gentes y

la promulgación de leyes como la Lex Poetelia Papiria y la Lex Aquilea, entre otros tantos ejemplos.

La pervivencia de una idea que se convierte en derecho común tiene sus raíces en la amplitud de criterios capaces de acoger lo ajeno, combinarlo con lo propio y divulgarlo para que se repita el ciclo sin perder la identidad de quienes supieron acercarse a la verdad desprovistos de soberbia u orgullo mal entendido.

Son innumerables las lecciones que podemos obtener de esta actitud, entre estas el concepto de Ulpiano: “*iuris praecepta sunt: Honeste vivere; alterum non laedere et suum quique tribuere*” que constituye un verdadero programa de vida.

FORMACIÓN DE EUROPA OCCIDENTAL

La influencia romana es pieza clave en la formación de los varios países de Europa occidental a través de sus antecedentes romanos directos o indirectos como es el caso de las tribus germanas que, al estar en contacto con territorios del mundo romano, adoptaron lo que ellos consideraron importante y significativo: su derecho.

El imperio pugnaba por no desmoronarse y el Cristianismo lo convertiría en el sacro Imperio romano germánico que persistiría hasta la Primera República Francesa, que reabre la historia con un retorno a lo romano, que es el renacimiento de las instituciones republicanas con las características de elegible, temporal y responsable.

En este tercer milenio nos topamos con otra Europa que vuelve a sus fuentes romanas con la creación de un gran Estado democratizado de características elegible, temporal y responsable; el Imperio del tercer milenio que se apalanca en las instituciones de Roma y obviamente en su derecho. El Código Civil Alemán y el Código Civil Italiano del siglo XX aparecen como la nueva tendencia, que muchos han querido ver como la separación del Derecho Romano por la simple razón de ser leyes promulgadas en países que pugnaron por afirmar sus nacionalismos con las consecuencias funestas ampliamente conocidas, pero la realidad de esos cuerpos de leyes sigue siendo romana, a manera y modo de cordón umbilical que permite el flujo vital de sus principios.

Europa actual es un gran mosaico aglutinado por el derecho romano con retoques de artistas locales. Existe una europeización del derecho romano que va hacia un derecho común europeo.

NUESTRA AMÉRICA

Tomando la realidad de la conquista como la imposición de una nación o naciones sobre otras, sin establecer críticas o justificaciones de la presencia europea en América, en cuestiones de lo jurídico España aporta su Derecho que no es otro que el resumen de sus experiencias romanas particularmente en la aplicación del derecho municipal que en esencia se trata de autonomías creadas con un mundo jurídico romano miniaturizado.¹⁰

¹⁰ Formación del Derecho Occidental; B. Bravo; Editorial Jurídica de Chile. 1970. págs. 66 y 67.

Los Códigos civiles de las naciones americanas en pleno ejercicio de sus independencias, tales como los de Bello y Vélez, son la continuidad de los de Francia y España y por lo tanto la filiación iberoamericana con el derecho romano es un axioma con el que hemos subsistido a pesar de los avatares políticos y los embates de costumbres jurídicas exógenas.

El asunto más preocupante para América latina es su absorción por la América anglosajona lo que significa su liquidación previa por la vía de la globalización concebida en los términos actuales sin la tutela del Derecho.

Reitero la falta del Derecho (tanto fondo y forma) en la globalización cuando las imposiciones financieras (BM y FMI) son causas inmediatas de los desajustes en los países afectados por normas carentes de los más elementales derechos. Del mismo modo la creación de tribunales de arbitraje bajo la decisión de los países del primer mundo para defender sus intereses comerciales (OMC) atentan al principio del debido proceso; en otras palabras, se quiere poner en vigencia un nuevo orden internacional sin considerar del Derecho de Gentes.

No hay razón alguna que justifique la falta de posición y decisión de América latina, en conjunto y por unanimidad, de demostrar la validez de su derecho común.

LA DIVISIÓN QUE HOY PADECEMOS

La inestabilidad política, la creciente pobreza y la masiva inmigración latinoamericana son situaciones que convienen a los países industrializados porque crean el clima necesario para la denominación económica, a lo anterior habría que sumar el hecho de nuestras divisiones insustanciales y ruinosas y la carencia de una política internacional común bien definida y sustentada en todas las instancias de las relaciones internacionales que nos convierten en presa fácil de quienes sí manejan el tema de las alianzas bajo una misma óptica. La OEA dependiente de EE.UU., es una cruel verdad y, por otro lado, las reuniones de los jefes de Estado iberoamericanos, de dudosa utilidad, no cumplen las expectativas de la creación y sostenimiento de un derecho común. Las fuerzas de producción de América Latina huérfanas de un sustento legal caen en espejismos de ganancias inciertas en un desierto de derecho que impactan en la ya deteriorada situación social de nuestra América.

¿Por qué? Por la falta de una conciencia jurídica común, por la tendencia en querer esconder nuestro origen jurídico romano, por creer que nuestras legislaciones son caducas por ser romanas, por copiar instituciones por el solo hecho de considerarlas modernas, por no ejercitar nuestros derechos en común ni exigir la presencia del derecho sobre cualquier otra consideración.

A nivel de las Funciones Ejecutivas, los gobiernos inauguran sus periodos en la culpa del anterior; las Funciones Legislativas se han convertido en máquinas de promulgación de leyes y reglamentos, y las Funciones Judiciales en botines políticos; los ministros de relación exterior buscan la aplicación de fórmulas de política internacional meramente circunstanciales. En este estado general del caos la globalización y sus mentores pescan en el río revuelto.

Las frases más lacerantes que he escuchado y leído son aquellas que se refieren a la globalización como un hecho consumado. En buen romance significa que no interesa nuestro derecho ni el derecho en general, sino un hecho cuyas consecuencias deben ser aceptadas, pues lo único que interesa es el aspecto económico el que, obviamente, no está sujeto al Derecho y de estarlo se regirá por el de quienes manejan la globalización.

Existen actitudes negativas latentes como los errores y vicios del consentimiento: error, temor irreversible y dolo; así como grandes dosis de indecisión, facilismo, irresponsabilidad y ceguera con respecto a nuestras realidades.

DERECHO ROMANO

IUS GENTIUM

No obstante que este tema ha sido suficiente y ampliamente estudiado, creo oportuno recordar en esta ocasión lo siguiente: la clarividencia de los juristas romanos en aceptar la inclusión del Derecho de gentes como una fuente sustancial de su mundo jurídico con el objeto de abarcar todas las soluciones posibles a los problemas que se presentaren; y, el respeto al Derecho ajeno por encima de las circunstancias propias de la sociedad romana y su derecho.

La aceptación (recepción, romanización) del Derecho de Gentes es el ejercicio pleno de la libertad de pensamiento y un acto del más puro raciocinio.

También es necesario recordar que la referencia al *Ius Gentium* permitió conocer el derecho del peregrino en un punto particular con respecto a una situación concreta que requería ser solucionada en términos de justicia, a quien (el peregrino) no se le negaba el amparo de su derecho frente a un romano; en ese momento se globalizó el Derecho.¹¹

El avance del Imperio a través de las Legiones fue el vehículo del *Ius Civilis* y *Gentium*, para fusionarse con el *Ius* local, Sabemos que toda esa actividad se resumió en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Otro momento de la globalización radica en el derecho.

A contrario sensu en este tercer milenio las Constituciones se esmeran prohibiendo el uso del derecho de otros dentro de sus territorios, y al respecto hemos creado la teoría de la extraterritorialidad como excepción. Cada nación desea ser un mundo aparte y termina sumida en el mundo que rehúye. Los nacionalismos mal entendidos nos alejan del ejemplo romano.¹²

¹¹ Instituciones de Justiniano-Titulus II De iure naturali gentium et civil; I y II. I) "Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit...". II) "Et ex hoc iure gentium omnes penes contractus introducti sunt...".

¹² La Mitología del Derecho Moderno, P. Fitzpatrick, siglo XXI. 1998. pág. 122. "Savigny... no se opuso finalmente a un espíritu trasnacional sistemático instilado en el derecho nacional, especialmente cuando ese espíritu adoptaba la forma del derecho romano".

Por ello, la globalización tal como está concebida actualmente, es un asunto de excepción que trata de ser prioritario y privativo en el campo económico, con la evidente consecuencia de abstenerse de cualquier otra consideración atentando contra la comunidad de naciones.

IUS NATURALIS

La cobertura del derecho se convierte en total y envolvente cuando se inicia la referencia a lo natural y, más allá de las frases y conceptos de los juristas romanos, se vuelven las mentes hacia la filosofía y la contemplación de la Naturaleza. El Derecho es un fenómeno común, constante e inmutable que rige y abarca todo. La colocación del individuo dentro del Derecho es la confirmación de su pertenencia al género de las personas que comparten vínculos entre sí y hacia las cosas, estableciéndose la interdependencia entre el hombre y el medio que lo rodea.¹³

El Derecho natural ha preparado el camino al Cristianismo y a la filiación humana, a pesar del rechazo que sufrirá por la intemperancia religiosa.

El Derecho natural ha pasado por todas las instancias del pensamiento jurídico, en todas las etapas nos acercamos o nos alejamos de su origen romano o con mayor propiedad a su origen filosófico greco-romano, pero jamás lo podremos ignorar. Por ello, en este milenio vuelve a la palestra en medio del caos político y social para proteger al hombre y su medio en contra de la economía deshumanizadora del mercado.

La naturalis ratio se forma y se deforma por el empleo de la ratio según el entendimiento del momento sobre lo natural. Para el derecho romano es una sola materia que expone la naturaleza

racional del hombre con respecto al derecho y a la igualdad entre todos los seres respetando sus diversidades.

IUS CIVILIS

Sin la concepción romana del ius civilis, quiritarario, no podría haberse alcanzado la aproximación e influencia del Ius Gentium y del Ius Naturalis. Parece paradójico que un derecho cerrado a favor del civite romano pudiera dar al derecho romano el Corpus Iuris Civilis, pero no lo es, en tanto y en cuanto se aplicó la recepción del derecho ajeno al romano y de este último al de los conquistadores (de Europa y América) creando el derecho común con suficiente capacidad para seguir el camino de la recepción en esta globalización.

Desde la paranoia del stricti iuris hasta la apertura de la bona fide, en el tema de las obligaciones, se percibe la evolución del pensamiento jurídico y su transmisión a las futuras generaciones.

¹³ Precedentes Romanos sobre el Derecho Ambiental, J. Zamora. Edisofer. 2003. pág. 97. "...no podemos negar la importancia del derecho romano en la prevención de salubridad, y persecución de tala ilícita como una... tutela medioambiental".

IUS COMMUNE

Parece ser que, en el campo del derecho, Roma apuntó alto y acertó sin dejar de ser un pueblo con errores y miserias, las conquistas relativas al derecho no fueron fáciles ni les pareció a ellos una construcción distinta de las que querían obtener; la distancia de los siglos que nos permite, por el alejamiento, observar y juzgar con más precisión el derecho elaborado en el transcurso de los siglos. Lo que tenemos y lo que nos queda de este derecho inmerso en nuestra cultura, fundido en nuestras leyes y tema obligado de referencia y estudio, es de por sí un acervo de incalculable valor para mejorar continuamente la vida de la humanidad y por ello es nuestro deber aprovecharlo en su totalidad para lograr la formación de una globalización total, basada en el derecho de ayer y hoy que es el común de todos.

No en vano han transcurrido tantos milenios y han sucedido tantos hechos para moldear un derecho común; trabajos que han atravesado todas las teorías, filosofías, historias, jurisprudencia y prácticas profesionales para, precisamente hoy, en el momento crucial de este milenio con sus incógnitas e hipótesis, darle la espalda al problema de la identificación global de las naciones para proteger sus intereses, conservar los principios permanentes del derecho, regular los derechos de todos, evitar futuras confrontaciones, participar de las decisiones globales cuyos contenidos nos afectan a todos y compartir los logros obtenidos.

Para todo lo anterior, reitero, que no hay otra solución sino acudir al derecho, a ese derecho romano desde la mítica fundación de la *civis* pasando por el *Corpus Iuris Civilis*, por el derecho de los glosadores, por el de la nacionalidades europeas del Medioevo y por el renacimiento, por los códigos civiles de 1804, de 1900 y de 1942 que no son otra verdad que una continua recepción del *Ius Romano*; a esta sucesión entre vivos, universal y progresiva la denominamos derecho Común.¹⁴ Existe a nuestro alcance más de catorce siglos de refinamiento jurídico que se inician con una idea focalizada en el individuo geográficamente situado en Roma y políticamente declarado ciudadano; luego se esparcirá con el ciudadano que cruzara sus fronteras y compartirá su derecho y el de otros; finalmente el ciudadano promulgará el derecho de todos.

LA PERMANENCIA DEL DERECHO COMÚN NUESTRA HISTORIA

1. Entre la Europa romanizada por la cultura, lenguaje y Derecho, y las Naciones Iberoamericanas, existe la distancia geográfica y el aporte cultural precolombino que ha modelado un nuevo mundo sin crear diferencias insuperables; por otro lado,

¹⁴ Historia del Derecho Romano y su recepción Europea, J. Aparicio y A. Fernández. Editorial Centro de estudios Ramón Areces S.A. 1995. pág. 211. "La difusión de la cultura vinculada al derecho jurisprudencial romano supuso, no solo la recepción de un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual, sino también, y muy especialmente, la incorporación de una determinada técnica propia del razonamiento jurídico y, con ello, de un método para la argumentación lógica, conducentes a la formulación de las soluciones jurídicas".

la existencia de la América anglosajona, por así denominarla para diferenciarnos, es una extensión de Europa anglosajona que ha querido imponer su concepción de libertad y gobierno al resto de América mediante sus prácticas económicas.

2. Hay por lo tanto dos mundos: el del Norte unido y poderoso, el resto desunido y pobre; el primero esgrime la corrupción de los gobernantes para justificar la existencia de organismos rectores de la economía; el segundo se inclina ante la acusación aceptando el paternalismo económico. Unos cuantos países del segundo grupo intentaron refugiarse en las dictaduras de corte político de derecha o de izquierda y otro bajo el espejismo de un socialismo actualmente desfasado y quimérico. Las democracias siguen el espectro pendular entre las grandes reformas socioeconómicas y las adecuaciones de las “leyes” del mercado; las adaptaciones son circunstanciales y siempre sujetas a las presiones de uno u otro lado del péndulo sin que se precise reforma alguna sostenible o siéndolo seguirá la suerte de la inclinación política del nuevo gobierno. La política de estado no existe por cuestiones propias de nuestra idiosincrasia y por las interferencias directas e indirectas de los países del primer mundo a quienes les conviene que América Latina siga en la nebulosa política.
3. Además de la constante oposición a la unión de Ibero América desde la Independencia a partir del congreso de Panamá hasta la creación de la OEA, se ha fomentado la división de los países y la intromisión en los asuntos internos. Sin embargo, han surgido alianzas como la del área Andina, la del cono Sur y las centroamericanas, esforzándose por sobrevivir y estructurar la regionalización del área común. Estas alianzas constituyen una amenaza para los intereses de la otra América y su respuesta es la creación de varias instituciones totalmente dependientes de ellos, con objetivos de asistencia y ayuda, para seguir con el plan de la intromisión en nuestros pueblos y gobiernos.¹⁵
4. La inconstancia crea la ingobernabilidad y esta última genera inestabilidad en todos los campos, especialmente en el Derecho y la Justicia.

La separación entre las naciones iberoamericanas es creación de nuestra miopía histórica, que debe ser corregida antes de caer en la ceguera.

NUESTRO DERECHO

Empezamos a creer que nuestro sistema jurídico es caduco porque no satisface las expectativas económicas o sociales. Las críticas a las materias representativas del derecho común tales como el Derecho Civil, subyugado por una serie de leyes y reglamentos

¹⁵ El Concepto de Derecho; J. Vilanova. Abeledo Perrot. 1993. pág. 21. “... contra los seres humanos que pretendan limitar su libertad... o imponerle obligaciones o sanciones de cualquier tipo en nombre de tales agrupaciones u organizaciones”.

dictados, la mayoría de ellos en contra del Derecho, intentan minimizar su importancia y su categorización.

Sin embargo, de lo anterior, existe un derecho común que se remonta a la época del derecho romano y especialmente de la recepción de ese derecho que nos brinda toda la serie de respuestas de características universales, intemporales y abstractas que son, a su vez, generadoras y fuentes de derecho.¹⁶

En este estado caótico e improvisado en nuestro manejo del derecho, aparece en el horizonte la globalización como un espectro de posibilidad para componer las expectativas sociales y económicas de nuestra América. Los gobiernos se desesperan ante ese conjunto de posibilidades realizando toda suerte de componendas con los detentadores de la globalización con pleno olvido de las normas de Derecho frente a las disposiciones arbitrarias, unilaterales de una mundialización lineal.

Ante esta especie de colonización debemos reaccionar en forma conjunta presentando un solo frente amparados en nuestro Derecho Común, cuyas características de fondo permiten poner a consideración de propios extraños un sistema jurídico que permita la perfección de las convenciones y contratos por la aplicación de los principios de libertad y la consecuente manifestación de la voluntad; derecho común que permita la libre discusión de las negociaciones para luego enmarcarla en sus postulados y transformarla en ley para las partes.

Una de las funciones más preclaras del Derecho Común es la adecuación de las necesidades individuales o colectivas en un ámbito de libertad que se ejemplifica mediante la fórmula de prestación más libertad igual obligación (a contrario sensu prestación menos libertad igual esclavitud); otra de sus funciones es su capacidad de abstracción que le permite abarcar cualquier cosecha con el único objetivo de lograr el imperio de sus intereses económicos.

Los postuladores de la globalización actual rehúyen el derecho hasta ignorarlo o imponer regulaciones de su propia cosecha con el único objetivo de lograr el imperio de sus intereses económicos.

Una vez más, la única acción coherente es reconocer nuestro Derecho Común como la vía capaz de sostener una globalización humanizada, total y equitativa; se trata de aplicar un mismo derecho puesto en el medio de la efervescencia de un nuevo mundo.

Las palabras de Malaparte “Corsi e Ricorsi” de la historia y aquella frase de Jean-Baptiste Alphonse Karr “Plus ça change, plus c’est la même chose” son reconfortantes y en ningún caso fatalistas sino, muy por el contrario, luces para seguir basando el ricorsi y el cambio con un mismo instrumento, esto es el derecho.

¹⁶ La Historia del Derecho. M. Laclau. Abeledo Perrot. 1994. pág.21. “... como el romano, se caracteriza por su base consuetudinaria y su carácter dinámico, abierto a las transformaciones de la sociedad y a la riqueza de los diversos comportamientos humanos posibles”.

NUESTROS INTERESES

Nuestros intereses son converger hacia nuestro Derecho Común y aplicarlo tanto en la esfera de lo Privado como en lo Público e Internacional, de tal manera que América Latina se haga presente en el tercer milenio como un grupo estructurado capaz de exponer criterios jurídicos y compartir otros con el fin de aportar la Equitas e Iusticia de las que es legítima interprete y que pese a su accidentada historia es el elemento que la identifica y diferencia de la otra América.

El Derecho Común tiene suficientes razones para estructurar todo lo referente a bienes y obligaciones, así como en lo concerniente al comercio y otras materias dentro de normas definidas y susceptibles de receptar aquellas innovaciones que la especialidad de estas materias pueda requerir, pero lo esencial del Derecho Común radica en su capacidad de precaver y equilibrar el ejercicio de deberes y derechos a los que deben sujetarse las partes.

De igual modo es nuestro interés crear el contexto jurídico justo que permita la utilización de los mecanismos de derecho, de tal manera que no haya parte alguna que se sienta disminuida en sus derechos ni encuentre en las estipulaciones la imposición del más fuerte.

NUESTROS OBJETIVOS

Nuestros objetivos son exigir el debido respeto al derecho común y su inclusión en todas las negociaciones que requiera el establecimiento de una globalización total, a través de planes comunes elaborados en las cancillerías. Las reuniones de trabajo deben empezar entre las naciones de un mismo grupo y luego compartir con otros hasta abarcar la totalidad de los países latinoamericanos; las discusiones deben ser transmitidas al público y permitir la opinión nacional. Las tareas deben ser puntuales y tratadas una por una. Aprovechar las reuniones anuales de los mandatarios del Área para aprobar temas concretos. Solicitar a las UN y sus múltiples organismos la convocatoria a sus asambleas para discutir los programas de Globalización y obtener la regularización que corresponde.

En suma, lo que buscamos es normar cualquier tipo de globalización que se presente, de lo contrario nos veremos abocados a la suscripción de nuestro propio final como naciones soberanas.

CONCLUSIONES

1. La recepción del derecho en la civilización occidental se inició en la propia Roma y se extendió en los territorios bajos su influencia sin recurrir a la imposición o a la fuerza. Además de formar los derechos de las varias naciones que se ubican en la esfera de influencia de Roma, modela las instituciones de aquellos pueblos aportando lógica jurídica que influirá en la historia Europea hasta el advenimiento de los sucesos de la revolución francesa que copia y reitera el derecho público romano para luego editar un código civil basado en el derecho romano; a partir de ese momento se separa el derecho romano de la práctica jurídica pero mantiene su realidad de rector y denominador

común en el derecho moderno, aun y a pesar de quienes tratan infructuosamente de menoscabar su vigencia. Así lo pensó y expuso Don Andrés Bello.¹⁷

2. La globalización apunta al interés económico sin considerar el derecho de las partes, que en este caso es el derecho de todas las naciones y de sus habitantes; se ancló en un mecanismo unilateral impuesto directamente e indirectamente por organismos que deciden sobre el futuro de las naciones sin rendir cuenta de sus actos, obran per se y ante se, abarcando todos los medios a su alcance para este objetivo, incluido el conocimiento de los reclamos para ser juzgados por sus propios estamentos. En la política internacional hemos sido testigos de infortunio de los países que aceptan la autoridad de una Corte en contra de la voluntad de la nación supuestamente líder de la libertad.
3. La globalización debe ser mundial. Para cumplir con este propósito debe incluirse el Derecho y en especial aquel que denominamos Común, que no es otro que el romano y los que han formado y formaran parte de la recepción aquí equivocada y cuyo interés es el imperio de la equidad.
4. Existe una representación y participación efectiva de las naciones menos favorecidas con voz y voto en los organismos tales como: FMI, BM y OMC con iguales derechos y votos, puesto que cada país representa un voto;
5. Se ha instaurado completamente el ejercicio de la democracia y de la libertad de asociación en todos los organismos supranacionales otorgando deberes y derechos iguales, así como la participación igual y directa de los gobiernos que formaren parte de tales organismos;
6. Todas las resoluciones que afectan una nación deben ser tomadas por unanimidad. Se deben suprimir las llamadas Cartas de Intención de cualquier tipo y género y en su lugar promover la firma de Convenios bilaterales, entre naciones o entre grupos organizados de naciones y los organismos tales como: FMI, BM y OMC;
7. Solo los gobiernos democráticos pueden ser los miembros con voz y voto de los organismos supranacionales, con prohibición total de la inclusión de cualquier otra persona jurídica de cualquier tipo, con el fin del fortalecimiento de los Estados democráticos;
8. Es importante la existencia de una aplicación inmediata y sin excepciones, del principio de igualdad de condiciones de los gobiernos en todas las decisiones;
9. Es fundamental contar con la intervención de las UN como organismo rector en todos los problemas jurídicos cualquiera que fuere la índole del problema, y de las Cortes Internacionales de justicia que deberán establecerse en todos los continentes, para garantizar una eficaz aplicación del Derecho Común;
10. Otorgar a las decisiones de tales Cortes la calidad de sentencia con autoridad de cosa juzgada y otorgar la fuerza de coerción necesaria para aplicar las sentencias y los laudos que emanen de tales Cortes;

¹⁷ Andrés Bello y su obra en derecho Romano; H. Hanisch, Ediciones del Concejo de rectores de las Universidades Chilenas; 1983; pág. 124. “Los que lo miran (Derecho Romano) como una legislación extranjera son extranjeros ellos mismos en la nuestra”.

11. Los países deben un respeto irrestricto a las Constituciones y a las Leyes de cada nación;
12. Establecer todos los aspectos de la Globalización y la debida relación entre ellos, con los programas, plazos de aplicación y condiciones relevantes para cada nación miembro. El programa así concebido será Ley para las partes. La globalización solo podrá ser total, sistemática e igualitaria.
13. Las Cortes tendrán plena libertad para crear Jurisprudencia, así como los Juristas para perfeccionar el Derecho Común. El Derecho de cada parte será considerado relevante tanto en la exposición de los motivos, pruebas y sentencias que se dictaren y la prohibición de la práctica procesal del fórum non conviniens.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aparicio, J., & Fernández, A. (1995). *Historia del Derecho Romano y su Recepción Europea*. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la Globalización?* Barcelona, España: Paidós.
- Bravo, B. (1970). *Formación del Derecho Occidental*. Chile: Jurídica de Chile.
- Fitzpatrick, P. (1998). *La Mitología del Derecho Modernos*. México : Siglo XX.
- Grimal, P. (1998). *Los Extravíos de la Libertad*. Barcelona, España: Gedisa.
- Hanisch, H. (1983). *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*. Santiago de Chile: Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas.
- Iglesias, J. (1983). *Derecho Romano*. Barcelona, España : Ariel.
- Laclau, M. (1994). *La Historicidad de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Rawls, J. (2002). *La Justicia como Equidad*. Barcelona, España: Paidós.
- Rifkin, J. (2000). *La Era del Acceso*. Barcelona, España: Paidós.
- Stiglitz, J. (2003). *El Malestar de la Globalización*. Madrid, España: Taurus.
- Villanova, J. (1993). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Zamora, J. (2003). *Precedentes Romanos sobre el Derecho Ambiental*. Madrid, España: Edisofer.

EL TRÁNSITO DEL LEGISCENTRISMO AL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU INFLUENCIA EN LA FORMULACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS THE TRANSIT OF LEGISCENTRISM TO NEOCONSTITUTIONALISM AND ITS INFLUENCE ON THE FORMULATION OF THE GUARANTEES OF RIGHTS

IVÁN CASTRO PATIÑO¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

A principios de la fundación de la República del Ecuador, el texto constitucional no era el centro del ordenamiento jurídico nacional, debido a que se lo consideraba como un documento político y no jurídico. La Constitución, apreciada como un conjunto de principios y normas, requería el auxilio de la ley para su plena eficacia jurídica, presentándose la ley como centro de este ordenamiento mediante el principio de soberanía parlamentaria, importado desde el continente europeo. La influencia del Código Civil francés conlleva a que no se considere a la Constitución como fuente directa de Derecho, explicándose así en el Art. 1 donde se hace referencia a que la ley *“es una declaración de la voluntad soberana, que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite”*. El texto constitucional sí era considerado como norma suprema, pero no como norma jurídica suprema, sino como una norma declarativa de principios y organizadora de la estructura del Estado. Se menciona a la Segunda Guerra Mundial como el principal antecedente para que se dé el gran paso a un *“neoconstitucionalismo”*, donde prima la positivización de los derechos y al ajeo principio de supremacía constitucional se agrega el principio de fuerza vinculante de la Constitución. Con el establecimiento de la Cortes Constitucionales, se va produciendo un cambio de paradigma, del legiscentrismo al constitucionalismo. Los jueces ya no están sometidos únicamente a la Ley, sino también a los valores, principios y reglas constitucionales. Para proteger los derechos establecidos en la Constitución se formulan novedosas garantías constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Constitución, ley, norma suprema, derechos, garantías.

RECIBIDO: 15/12/2017
ACEPTADO: 20/07/2018

CORRESPONDENCIA:
ivan.castro01@cu.ucsg.edu.ec

ABSTRACT

At the beginning of the founding of the Republic of Ecuador, the constitutional text was not considered as the center of the national legal order, because it was mentioned as a political document, but not a legal one. The Constitution, appreciated as a set of principles and rules, required the help of the application of the law so that its full validity is presented, thus presenting the law as the center of this order through the principle of parliamentary sovereignty, imported from the European continent. The influence of the French Civil Code means that the Constitution is not considered as a direct source of law, thus being explained in Art. 1 where reference is made to the fact that the law "is a declaration of the sovereign will, which, manifested in the form prescribed by the constitution, mandates, prohibits or permits." This constitutional text was considered as the supreme norm, but it was not established as a supreme legal norm, but as a declarative norm of principles and organizer of the structure of the State. The Second World War is mentioned as the main antecedent to present the great step to a "neoconstitutionalism", where the positivization of rights takes precedence and thus the Constitution begins to have supreme juridical normative force, and that with binding force, goes establishing a paradigm shift from legiscentrism to constitutionalism.

KEYWORDS: Constitution, law, supreme norm, rights.

INTRODUCCIÓN

Cuando en 1830 se funda la República del Ecuador, la Constitución no se convirtió automáticamente en el centro del sistema jurídico nacional. La doctrina prevaleciente en la época, la consideraba un documento esencialmente político más que jurídico, estatuto orientador, compuesto por un conjunto de principios y normas programáticas cuya aplicación directa requería del auxilio de la ley para ponerse en movimiento y tener plena eficacia¹.

Se vivía en un sistema jurídico signado por el legiscentrismo, donde el ordenamiento jurídico tenía como centro la ley y comenzaba con ella, como consecuencia del principio

¹ Vid. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón (2006). Curso de Derecho Administrativo. (pp. 106-110) Lima, Bogotá: Palestra- Temis, señalan los autores: "...La Constitución plantea una cuestión fundamental: ¿es ella misma una Ley, en el sentido del artículo 1 y del Título Preliminar del código Civil? ¿Es una norma de decisión judicial de conflictos? Toda la tradición constitucionalista (quizás con la excepción, más teórica que real, de la Constitución de Cádiz de 1812) negaba sorprendentemente esa conclusión. La Constitución no era una norma jurídica invocable ante los Tribunales. El Tribunal Supremo en sus Salas de Casación, venía diciendo durante más de cien años que una infracción de la Constitución por parte de una sentencia de cualquier Tribunal de instancia... no constituiría un motivo válidamente invocable a efectos del recurso de casación contra dicha Sentencia... la Constitución simplemente, se repitió por todas las salas del Tribunal Supremo, no era una norma jurídica que vinculase directamente ni a los sujetos públicos ni a los privados y que, por lo tanto, los Tribunales no debían siquiera consultarla para dictar sus sentencias..."

Vid. Vila Casado Iván (2007). Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. (pp. 39y ss.) Bogotá, Colombia: Legis S.A. señala Vila Casado: "El derecho constitucional colombiano heredó del europeo el concepto formal del Estado de derecho y con él, la supremacía de la ley. La ley era considerada como el eje alrededor del cual se configuraba todo el ordenamiento jurídico." El mismo autor en sus obra Nuevo derecho Constitucional (2004) (pp. 285 y ss.) Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, señala: "Hay que empezar por recordar que antes de 1991 el texto de la Constitución tenía muy poco uso: en la práctica no era objeto de consulta por parte del juez, del abogado litigante o del funcionario público; sus normas muy pocas veces eran citadas en los alegatos y en las providencias judiciales..."

de soberanía parlamentaria importado del continente europeo por las nacientes repúblicas latinoamericanas².

La antigua práctica europea de la divinización del Parlamento impidió considerar a la Constitución como norma jurídica suprema, con efectos directos y fuerza vinculante. Esta situación se explica históricamente porque a la evolución del constitucionalismo europeo le interesó fortalecer al parlamento para que controle y de alguna manera penetre en el ejecutivo, ligado a las monarquías absolutistas.

En los Estados Unidos, prácticamente desde su nacimiento como República y gracias al control difuso o judicial de la constitucionalidad³, los ciudadanos fueron protegidos por una Constitución, superior a la ley elaborada por el Congreso⁴; en cambio, en Europa Continental, se imponía la doctrina rusioniana de la infalibilidad del Parlamento y la concepción de la ley como expresión de la voluntad general⁵.

En Ecuador y demás países de la Comunidad Andina de Naciones, la influencia del Código Civil Francés, asimilado en América a través del Código Civil Chileno de Andrés Bello, contribuyó a que tanto en la academia como en la práctica profesional

² Vid. Grijalva Agustín (2014). *Evolución Histórica del Control Constitucional de la Ley en el Ecuador*. En, *Historia Constitucional*. Estudios Comparativos (p. 330) Ayala Mora Enrique (editor). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional. Refiriéndose al constitucionalismo del siglo XIX y buena parte del siglo XX, señala Grijalva: “Esta renuencia crónica en el Ecuador de presidentes, legisladores y jueces a respetar y hacer respetar la Constitución tiene que ver con una tradición de soberanía parlamentaria, por la cual la voluntad del pueblo se expresaba efectivamente en las leyes... frente estas leyes, especialmente si están viciadas de constitucionalidad, la Constitución se reduce a una mera disposición política e ideológica sin fuerza jurídica; consecuentemente, el legislativo actúa sin efectiva restricción y los jueces se atienen pasivamente a estas decisiones normativas de los legisladores. La ley se impone, la Constitución es sólo un ideal.”

³ Inaugurado en 1803 a través del precedente judicial establecido por la Corte Suprema, presidida por el Juez John Marshall en el caso *Marbury vs Madison*.

Vid. Jiménez Asencio Rafael (2005). *El constitucionalismo. Proceso de Formación y Fundamentos del Derecho Constitucional*. (pp. 95-96) Madrid, España: Marcial Pons.

Vid Oyarte Rafael (2015). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. (pp. 930 y ss.) Quito, Ecuador: CEP.

Vid. Eto Cruz Gerardo (2003). *John Marshall y la Sentencia Marbury Vs. Madison* (pp. 37-80) en, Ferrer Mac- Gregor Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I, México: Porrúa

⁴ *Ibíd.* Jiménez Asencio. (pp. 13, 14, 105, 116, 127). Sostiene: Los textos constitucionales que nacen de ese proceso revolucionario (Revolución Francesa) serán únicamente documentos de organización política... “*Esé carácter del constitucionalismo continental europeo contrastará, sin duda, con la tradición Constitucional estadounidense que muy tempranamente acoge la concepción normativa del texto constitucional tras el reconocimiento de la revisión judicial de la legislación.*”

Vid. Vigo Rodolfo Luis (2004). “*Interpretación Constitucional*”. (p.52) Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. Manifiesta Vigo: “*Uno de los aporres imperecederos del constitucionalismo norteamericano fue reconocerle a la Constitución la eficacia propia de una norma jurídica, y así, el ordenamiento jurídico se constitucionaliza y a los jueces se los habilita para resolver los casos teniendo en cuenta también las exigencias y previsiones constitucionales.*”

⁵ Rousseau Juan Jacobo (1995). *Contrato Social*. (pp. 63-64). Madrid, España: Espasa- Calpe. Rousseau señala que: “*Es manifiesto que no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de voluntad general... ni si la ley puede ser injusta, puesto que no hay nada injusto con respecto a sí mismo.*”

y de los operadores judiciales, no se considere a la Constitución como fuente directa de derecho. En efecto el Art.1 del Código Civil definía a la ley como “...una declaración de la voluntad soberana, que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”, mientras que su Art. 18, referente a la interpretación judicial de la ley, luego de señalar que “Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley”, en su numeral 7, establece que “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”. Como se aprecia, no hay mención alguna a la Constitución como fuente directa de derecho.

La interpretación que primó es que la Constitución no es en sí misma una ley en el sentido establecido en el Art.1 del Código Civil y en otros artículos del Título Preliminar.

¿La Constitución era norma? Sí. ¿La Constitución era norma suprema? Sí. Pero la Constitución no era considerada como norma jurídica suprema, sino norma suprema programática, declarativa, de principios, organizadora de la estructura del Estado y reguladora de la creación de las leyes, que, paradójicamente, requería del auxilio de la ley para tener plena eficacia.

El constitucionalismo dieciochesco y el liberalismo como ideología imperante confiaban en la ley y desconfiaban de los jueces; el juez debía limitarse a ejecutar fielmente lo que dice la ley, que se equiparaba al derecho, por lo que en Francia se acuñó el calificativo del “gobierno de los jueces”, para referirse al sistema del control difuso de la constitucionalidad introducido en los Estados Unidos.

Durante el siglo XIX y parte del XX, el constitucionalismo europeo y por su influencia, el de los países americanos que se nutrían de él, terminó resolviéndose en legalismo, correspondiendo al poder político del momento, representado por el Parlamento, hacer realidad o frustrar el mandato constitucional⁶.

La concepción divinizadora del Parlamento trajo consigo la parálisis de la función judicial, discapacitándola para aplicar en forma directa la norma constitucional, cuando faltaba una ley que desarrolle sus mandatos o para inaplicar una norma legal que contradiga el texto constitucional. Después de todo, la ley era “una manifestación de la voluntad soberana”⁷ y lo que ella dispusiera debía ser acatado por el juez.

⁶ Vigo Rodolfo Luis, Op. cit (p.51). Manifiesta Vigo: “Lo que observa Pérez Royo respecto al sistema de fuentes del derecho vigente en España con anterioridad a la Constitución de 1978, puede ser extendido a otros ordenamientos jurídicos impregnados de la visión europea continental clásica: “el punto de arranque del sistema no era la Constitución, sino la ley. La Constitución pertenecía al mundo de la política y no al del derecho. Como norma jurídica no jugaba ningún papel. La Ley era auténticamente soberana.”

⁷ Código Civil Ecuador Art. 1: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.” Esta definición de ley que consta en el Código Civil vigente es la misma que constaba en el primer Código Civil, aprobado el 21 de noviembre de 1857 y publicado el 3 de diciembre de 1860.

Señalaba, Montesquieu, que los jueces no son sino “El instrumento que pronuncia las palabras de la ley... que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley”⁸.

Un caso paradigmático de la aplicación de este criterio. Es el del Coronel Federico Irigoyen, condenado a muerte aplicando el Código Militar, sin importar que el Art. 14 de la Constitución de 1884⁹, vigente a la época, prohibía la imposición de la pena de muerte por crímenes políticos o por crímenes comunes, exceptuado el asesinato y el parricidio. Esta sentencia dictada por la Corte Suprema Marcial¹⁰ revocaba la expedida por un Consejo de Guerra, reunido en la ciudad de Cuenca, Tribunal a quo que había impuesto la pena de prisión a Irigoyen, considerando la prohibición constitucional de pena de muerte para delitos políticos. La Corte Suprema Marcial estimó que Irigoyen era culpable del delito tipificado en el Art. 117 de la Ley Reformatoria del Código Militar, el mismo que establecía la pena de muerte y que no podía dejar de aplicar la disposición de la ley, pues el texto constitucional no contemplaba expresamente mecanismos de control de la constitucionalidad. La justificación que adujo la Corte se recoge en estas expresiones:

“...Fijados tales antecedentes, se considera; 1°, que aun cuando la citada ley de 10 de julio de 1886 fuere inconstitucional, el Poder Judicial no podría dejarla sin efecto, rehusando su aplicación; pues, si es cierto que el Poder Legislativo no puede excederse de sus atribuciones, como lo haría al dar una ley inconstitucional, tampoco el Judicial puede, sin excederse de las suyas, declarar que esa ley carece de fuerza obligatoria, ya que para esto era menester que estuviese facultado por la Constitución... Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el dictamen del Sr. Ministro Fiscal, se declara que es notoriamente injusta la sentencia del Consejo de Guerra y se condena a Irigoyen a la pena de muerte, en observancia de los artículos 87 y 117 del Código Militar, que han sido quebrantados por el referido Consejo...”¹¹.

Evidentemente, casi al finalizar el siglo XIX, en nuestra práctica judicial, no tenía aplicación el control difuso de la constitucionalidad¹².

⁸ Cfr. Montesquieu (Charles Louis De Secondat, Barón de la Brède y De Montesquieu). Del espíritu de las Leyes. (1972). Libro XI (p.149). Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (trad.), Madrid, España: Tecnos. “Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos casos, demasiado rigurosa. Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.

⁹ C.R.E. [Const.] (1884) Art. 14 [Título IV]: “No se impondrá pena de muerte por crímenes políticos ni por crímenes comunes, exceptuados el asesinato y el parricidio, en los casos que, según la ley, se castigan con esta pena.”

¹⁰ Sentencia del 19 de febrero de 1887. Corte Suprema Marcial, con sede en Quito en contra del Coronel Irigoyen, acusado del delito de sedición contra el Gobierno de Plácido Caamaño.

¹¹ Gaceta Judicial Año XI. Serie III. Nº 2. Quito, 19 de febrero de 1887, (pp.1234-1236)

¹² Oyarte Rafael (2015). “Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado” (p.948). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP. Explica el autor que “El control difuso debe su denominación a que el examen de inconstitucionalidad no corresponde a una sola magistratura, sino que se incardina en la totalidad de jueces dentro de u sistema, es decir, se dispersa en una multiplicidad de agentes y no se determina un

Luego de afrontar los grandes costos que significó para la humanidad el flagelo de la segunda guerra mundial, en donde el orden constitucional de países con gran cultura jurídica como Alemania e Italia fue trastocado por sucesivas reformas legales, que permitieron al Führer y al Duce apoderarse de las distintas funciones del Estado y convertir su voluntad en hegemónica, se vio la necesidad de impedir que esta situación vuelva a repetirse. Comenzaron a florecer las cortes constitucionales europeas que bajo el impulso de las enseñanzas de Kelsen habían sido creadas inicialmente en Checoslovaquia y Austria en el año 1920 y con ellas, la aplicación del control concreto, europeo, o kelseniano de la constitucionalidad¹³.

Con la institucionalización de los Tribunales Constitucionales de Italia¹⁴, Alemania¹⁵, Portugal¹⁶, España¹⁷, que desplegaron desde sus inicios un activismo en defensa de la eficaz aplicación de las normas constitucionales, considerándolas no sólo como normas supremas, sino como normas jurídicas supremas, con fuerza vinculante, se estaba introduciendo uno de los elementos claves para el cambio de paradigma del legiscentrismo al constitucionalismo, pero a un constitucionalismo de nuevo cuño, denominado por algunos como neoconstitucionalismo, post positivismo o constitucionalismo de principios, en donde ya no se concibe un juez sometido únicamente a las reglas de la ley, sino que debe considerar en primer lugar los valores, principios y reglas de la Constitución que irradia su fuerza vinculante sobre todo el ordenamiento jurídico¹⁸.

solo ente." Señala que en Ecuador este control se estableció propiamente, en la Constitución de 1998.

- ¹³ En este sistema solo existe un órgano competente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas, por lo que la decisión no puede en manos de cualquier órgano jurisdiccional, como ocurre en el difuso. Vid. Oyarte Op. cit. (p.949)
- ¹⁴ La Constitución de Italia del 27 de diciembre de 1947, que entró en vigor el 1 de enero de 1948 (disposición transitoria XVIII) consagra la existencia de un Tribunal Constitucional cuyas atribuciones e integración están consignadas en los Arts. 134-139.
- ¹⁵ La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, conocida como Ley Fundamental de Bonn fue aprobada el 23 de mayo de 1949 y consagra en la existencia de un Tribunal Constitucional Federal, cuyas atribuciones e integración están establecidos en los Arts. 92-94
- ¹⁶ La Constitución de Portugal, que entró en vigor el 25 de abril de 1976, consagra la existencia de un Consejo de la Revolución, encargado de controlar la constitucionalidad, cuyas atribuciones e integración están consignadas en los Arts. 142-144 y 227-281.
- ¹⁷ La Constitución de España aprobada el 27 de diciembre de 1978 en el Palacio de las Cortes y publicada en el B.O.E. N° 311.1 del 29 de diciembre de 1978, establece un Tribunal Constitucional cuya composición y atribuciones están básicamente establecidas en los Arts. 159-164.
- ¹⁸ Vid. Carbonell Miguel (2010). Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales. (pp. 23-39) Quito, Ecuador: Cevallos Vid. Zambrano Pasquel. Op. cit. (pp. 60-79)
Vid. Pazmiño Freire Patricio (2010). Descifrando Caminos del Activismo Social a la Justicia Constitucional. (pp. 186 y ss.) Quito, Ecuador: FLACSO
Vid. Zavala Egas Jorge (2010). Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. (pp. 273 y ss.) Guayaquil, Ecuador: EDILEX S.A.

Otros factores coadyuvantes para el cambio de paradigma fueron, la incorporación a los textos constitucionales de los derechos de segunda y tercera generación así como la formulación de un nuevo tipo de estado: el estado social de derecho¹⁹.

Constituye gloria del constitucionalismo latinoamericano, haber elaborado la primera Constitución que contiene en su texto normas de carácter social, que fue la Constitución de México, aprobada en Querétaro en 1917. Luego vino la Constitución Alemana de Weimar, en 1919. En el caso ecuatoriano, es nuestra décima tercera Constitución, la de 1929, la primera en incorporar en su texto el constitucionalismo social.

La Ley Fundamental, de Bonn, de 1949, es pionera en la fundación de un nuevo tipo de estado, constituyendo a Alemania como el primer Estado social de derecho²⁰. Posteriormente vendrían similares declaraciones en las constituciones de Francia, Portugal, España, Italia y, en América, las de Colombia, Uruguay, Perú, Paraguay, Ecuador, Venezuela, Bolivia, entre otras.

En la incorporación en los textos constitucionales de derechos de carácter social, económico y cultural, cuya eficaz vigencia demanda acciones positivas de parte de los órganos y autoridades públicas ; en la creación de los estados sociales de derecho, donde los poderes públicos tienen la obligación de remover los obstáculos que impidan o dificulten la aplicación plena de los derechos y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, como acertadamente lo manifiesta el Art. 9.2 de la Constitución de España ; en el funcionamiento de tribunales y cortes constitucionales fortalecidos, intérpretes autorizados de la Constitución, con prácticas jurisprudenciales que incorporan técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales ; y, en los desarrollos teóricos de importantes juristas relativos a la eficacia de las cartas supremas densamente normativas, se encuentra el germen de lo que sería conocido como neo constitucionalismo²¹.

El neoconstitucionalismo no es sino el conjunto de teorías que proporcionan cobertura conceptual y normativa a la constitucionalización del derecho²², signado por

¹⁹ El constitucionalismo social como germen en la construcción teórica de la Acción por Incumplimiento se desarrollará en el punto 3 de este Capítulo.

²⁰ LFBO. Art. 20.1: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social...”

²¹ Vid. Carbonell Miguel y García L. (2010) “El Canon Neoconstitucional” (p.161) Bogotá, Colombia: Universidad externado de Colombia

²² Vid. Ahumada María de los Angeles (2005). La Jurisdicción Constitucional en Europa. (pp. 80-81). Madrid, España: Thonson y Civitas. Señala Ahumada: “En el término «neoconstitucionalismo» se quiere hacer referencia al nuevo paradigma asociado a esta forma constitucional (la del estado Constitucional democrático). Un modelo de perfiles todavía confusos que ha obligado a la revisión de la Filosofía del Derecho.” Vid. Streck Lenio, Salomão Glauco, Salomão George (2016). Neoconstitucionalismo. Avances y retrocesos. (p. 22) Valencia, España: Tirant Lo blanch.

Streck prefiere denominarlo Constitucionalismo Contemporáneo, refiriéndose “al movimiento que despegó en las constituciones de la segunda pos-guerra y que todavía está presente en nuestro contexto actual, evitando los mal- entendidos que permean el término neoconstitucionalismo”

el tránsito de un derecho básicamente compuesto por reglas a un derecho compuesto, además, por valores y principios consagrados en el texto constitucional, que informan e irradian con su luz a todo el ordenamiento jurídico²³. Según Comanducci puede ser concebido como Teoría del Derecho, como Ideología del Derecho y como Método de Análisis del derecho²⁴.

El neoconstitucionalismo conjuga y establece la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la norteamericana, cifrada en la idea de la supremacía constitucional, cuya garantía jurisdiccional se atribuye al poder judicial, que concibe a la Constitución como un derecho de mínimos, con un reducido contenido normativo; y, la europea continental, nacida de la Revolución Francesa, en la que la Constitución se concibe como un programa directivo de transformación social y política, que fija las reglas del juego con una variedad de normas materiales o sustantivas que ponen límites a las funciones del Estado, pero desprovisto de control de la Supremacía Constitucional²⁵.

Constituciones garantizadas sin mayor contenido normativo y constituciones con un denso contenido material pero no garantizadas, son las opciones que el neoconstitucionalismo resuelve, pronunciándose por una conjugación de ambos modelos: constituciones normativas garantizadas²⁶. Y para que esa garantía se materialice, complementando el añejo principio de la supremacía constitucional, se introducen los principios de fuerza normativa o fuerza vinculante de la Constitución, de aplicación directa de sus derechos y garantías y se produce una generalizada expansión del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, que supera la creencia de que tal control es contrario a la concepción de la ley como manifestación de la voluntad general emanada de un parlamento, que a su vez era expresión de la soberanía nacional.

La CCE al analizar los cambios que introduce la C.R.E. del 2008, en cuanto al tipo de Estado, fuerza normativa de la Constitución y jurisprudencia constitucional vinculante en resolución del 21 de octubre de 2008, esto es, al día siguiente de entrar en vigencia la nueva Constitución, manifestó:

“...la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado Constitucional de derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa

²³ “AUSTRALUNGWIRKUNG” denomina la doctrina y la jurisprudencia alema al efecto de irradiación de los valores y principios constitucionales.
Vid. Zavala Egas Jorge (2010). Op.cit. (p.58).

²⁴ Vid. Comanducci Paolo (2009) “Formas de (Neo) constitucionalismo: un Análisis Metateórico”. En, “Neoconstitucionalismo”. Editor Miguel Carbonell. Madrid, España: Trotta

²⁵ Prieto Sanchís Luis (2007) “Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial” (pp.111-115). Lima, Perú: Palestra

²⁶ Ibíd. Prieto Sanchís, (p.116)

de la Constitución como norma jurídica; y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho...”²⁷.

Posteriormente la CCE mediante sentencia interpretativa establece con claridad que el Ecuador se ha incorporado al conjunto de países que siguen el paradigma neoconstitucionalista, al señalar:

*“En términos estrictamente científicos, propios de la teoría de la interpretación constitucional, no se trata de cambios meramente lingüísticos. Esa primera mención constitucional, de declarar al Ecuador dentro del paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Rectamente entendido, el Estado Constitucional de derechos implica una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia. En resumen, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal...”*²⁸.

Ratificando el efecto de irradiación del contenido material de la Constitución, la CCE ha manifestado:

“Contrario a lo dicho el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998. (...) El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Así, el Ecuador, ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República. El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social. Entre los símbolos característicos del Estado Constitucional se pueden identificar a los siguientes:

La existencia de una Constitución rígida que, en consecuencia, no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;

Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;

Fuerza vinculante de la Constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;

Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas, sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;

Directa aplicación de la Constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del Estado o entre éste y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;

Interpretación constitucional de las leyes; e,

²⁷ CCE. S.R.O. N° 451 del 22 de octubre de 2008 (p. 34)

²⁸ CCE. Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC; S.R.O. N° 479 del 2 de diciembre de 2008 (p.12)

Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.”²⁹

Se produce de esta forma, a partir de la segunda mitad del siglo XX³⁰, un cambio copernicano en la concepción del sistema jurídico, que permite el tránsito del legiscentrismo al constitucionalismo, en otras palabras, el cambio de un sistema jurídico cuyo centro era la Ley, a un sistema jurídico cuyo núcleo es la Constitución.

Para garantizar la fuerza normativa y la supremacía constitucional es imprescindible que existan las garantías que permitan superar y corregir las violaciones que, por acción u omisión, se produzcan contra la normativa constitucional y especialmente en contra de los derechos consagrados en ella.

Si la Constitución es norma jurídica suprema “*fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico*”³¹ deben existir garantías constitucionales para lograr el efectivo cumplimiento de los derechos consagrados en ella.

En palabras de Guastini “*Una garantía es precisamente una protección. Las garantías de los derechos constitucionales son protecciones de los derechos de los ciudadanos contra el Estado: equivalen a «barreras» interpuestas entre el poder estatal y la libertad de los ciudadanos*”.³²

CONCLUSIONES

Con posterioridad a la Segunda guerra mundial la institucionalización de cortes o tribunales constitucionales en la mayoría de los países europeos y, posteriormente, en los países americanos, fue un elemento clave en el cambio a un nuevo constitucionalismo, que considera a las normas de la Constitución no sólo como normas supremas, sino como normas jurídicas supremas, en donde el operador judicial debe hacer prevalecer los valores, principios y reglas constitucionales, que irradian todo el ordenamiento jurídico.

²⁹ CCE. Sentencia N° 002-09-SAN-CC, Caso 0005-08-AN; S.R.O. N° 566 del 8 de abril de 2009 (pp. 25-26)

³⁰ Vigo Rodolfo Luis. *Constitucionalización y Neoconstitucionalización: Riesgos y Prevenciones*. En, *La Ciencia del derecho Procesal Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.) (pp. 403-4047) México: Marcial Pons: *La segunda mitad del siglo XX en Europa marca tránsito del Estado de derecho legal al estado de derecho constitucional, o sea –al decir de Ferrajoli– del Estado de derecho “débil” al Estado de derecho “fuerte”*. Así, la realidad jurídica europea se transforma en sus líneas fundamentales, pero sintéticamente esos cambios suponen superar la sinonimia entre ley y derecho que había impulsado el siglo XIX a partir de la Revolución francesa, lo cual queda receptado por primera vez en la ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando se refiere a aquellas realidades (“ley” y “derecho”) como distintas precisamente ese derecho, que antecede, excede y controla a la ley, es el que las nuevas constituciones reconocen bajo el rotulo –explícito o implícito– de valores, principios, fines o derechos humanos.”

³¹ Vid. Trujillo Vásquez Julio César (2004). *La Fuerza Normativa de la Constitución Ecuatoriana Actual*. En, *Revista de Derecho Foro*. (p. 96) Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional CEN y Universidad Andina Simón Bolívar UASB.

³² Guastini Ricardo (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. El Problema de la Garantía de los Derechos Constitucionales y la Separación de Poderes. Capítulo XI (p.234) México: Fontamara

El cambio de paradigma del legiscentrismo al constitucionalismo conllevó la necesidad de poner a disposición de los ciudadanos un conjunto de garantías para exigir el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales.

Las garantías consisten en las acciones o recursos puestos a disposición de las personas para sancionar o anular los actos violatorios de las normas o derechos consagrados en la Constitución, cuya resolución corresponde generalmente a los operadores judiciales y tribunales constitucionales.

Las acciones de hábeas data, habeas corpus, acceso a la información pública, acción extraordinaria de protección, acción de protección, acción por incumplimiento, acción de incumplimiento, entre otras, son ejemplos de garantías de derechos constitucionales, encaminadas a hacer realidad la declaratoria de que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.³³

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ahumada María de los Angeles (2005). *La Jurisdicción Constitucional en Europa*. Madrid, España: Thomson y Civitas.
- Carbonell Miguel (2010). *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Carbonell Miguel y García L. (2010) “El Canon Neoconstitucional”. Bogotá, Colombia: Universidad externado de Colombia.
- Comanducci Paolo (2009) “Formas de (Neo) constitucionalismo: un Análisis Metateórico”. En, “Neoconstitucionalismo”. Editor Miguel Carbonell. Madrid, España: Trotta
- Eto Cruz Gerardo (2003). *John Marshall y la Sentencia Marbury Vs. Madison* en Ferrer MacGregor Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I, México: Porrúa
- García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Lima, Bogotá: Palestra- Temis.
- Grijalva Agustín (2014). *Evolución Histórica del Control Constitucional de la Ley en el Ecuador*. En, *Historia Constitucional. Estudios Comparativos*. Ayala Mora Enrique (editor). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional.
- Guastini Riccardo (2008). *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*. Madrid, España: Trotta, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (trads.)
- Jiménez Asencio Rafael (2005). *El constitucionalismo. Proceso de Formación y Fundamentos del Derecho Constitucional*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Montesquieu (Charles Louis De Secondat, Barón de la Brède y De Montesquieu) (1972). *Del espíritu de las Leyes*. Libro XI. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (trad.), Madrid, España: Tecnos.

³³ C.R.E. [Const.] (2008) Art. 11 [Título II]: “...9.El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...”

- Oyarte Rafael (2015). Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado. Quito, Ecuador: CEP.
- Pazmiño Freire Patricio (2010). Descifrando Caminos del Activismo Social a la Justicia Constitucional. Quito, Ecuador: FLACSO.
- Prieto Sanchís Luis (2007) “Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. Lima, Perú: Palestra
- Rousseau Juan Jacobo (1995). Contrato Social. Madrid, España: Espasa- Calpe.
- Streck Lenio, Salomão Glauco, Salomão George (2016). Neoconstitucionalismo. Avances y retrocesos. Valencia, España: Tirant Lo blanch
- Trujillo Vásquez, Julio César (2004). La Fuerza Normativa de la Constitución Ecuatoriana Actual. En, Revista de Derecho Foro. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional CEN y Universidad Andina Simón Bolívar UASB.
- Vigo Rodolfo Luis (2004). “Interpretación Constitucional”. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Vigo, Rodolfo Luis. Constitucionalización y Neoconstitucionalización: Riesgos y Prevenciones. En, La Ciencia del derecho Procesal Constitucional. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.) México: Marcial Pons
- Zavala Egas Jorge (2010). Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Guayaquil, Ecuador: EDILEX S.A.
-

EL SISTEMA DE INDEFENSIÓN CON ÁNIMO DE LUCRO

THE INDEFENSION SYSTEM WITH PROFIT MOTIVE

JOHNNY DE LA PARED DARQUEA¹, DANIEL REINOSO LÓPEZ²

1 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

2 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Uno de los constantes inconvenientes de lidiar con las instituciones públicas es que, en determinados casos, en una búsqueda de fondos suficientes que pudieran solventar sus necesidades, recurren a determinadas prácticas ilegales que les permita conseguir el fin planteado. Por ello, el presente artículo tomó en consideración actuaciones realizadas por ciertos Gobiernos Autónomos Descentralizados en abuso del Derecho, específicamente en los procedimientos coactivos, ante los cuales se analizó las distintas vías procesales de protección establecidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, resaltando en cada uno, los diversos acontecimientos que pudieran surgir de la práctica judicial. El objetivo fue consignado desde la perspectiva en la que aquellas personas situadas en la controversia descrita pudieran, por cualesquiera de los medios de defensa revisados, garantizar la protección de sus derechos, priorizando su eficiencia y eficacia, sin dejar de resaltar que dependerá de la elección del lector la vía que este considere más expedita y cumpla con su propósito.

PALABRAS CLAVE: procedimiento coactivo; gobierno Autónomo Descentralizado; debido proceso; medidas cautelares; nulidad.

ABSTRACT

One of the constant disadvantages of dealing with public institutions is that, in certain cases, in a search for sufficient funds, they resort to certain illegal practices that allow them to achieve their aim. Therefore, this article took into account actions held by certain Decentralized Autonomous Governments in abuse of the Law, specifically in “coercive proceedings”, in which the different protection procedures established in the Ecuadorian legal system were analyzed, highlighting in each one, the events that may arise from judicial practice. The objective was consigned from the perspective where people situated in the described controversy could, by any of the ways of defense reviewed, guarantee the protection of their rights, prioritizing their efficiency and effectiveness, while emphasizing that it will depend on the reader’s choice the one that he considers most expeditious and fulfills his purpose.

KEYWORDS: Coercive proceeding; Decentralized Autonomous Governments; Due Process; provisional remedies; Nullity.

INTRODUCCIÓN

Las instituciones públicas y privadas en víspera de cumplir con cada uno de los objetivos propuestos por las mismas, gozan de una jurisdicción específica que les permite seguir una suerte de juicios en contra de determinados sujetos para el cobro de valores adeudados a estas entidades, la cual lleva por nombre, al menos en el contexto ecuatoriano, “Coactiva”.

Este procedimiento para el cobro de dinero, según la cita realizada por Patricio Morán (2011), es explicado por Francisco de la Garza (2005) de la siguiente manera “El procedimiento de ejecución -coactivo- es un procedimiento administrativo ejecutado por la administración y que no tiene como finalidad la resolución de ninguna controversia. La ejecución forzosa es el medio jurídico con el cual se logra la satisfacción del acreedor, cuando ésta no se consigue a través de la prestación del deudor y es necesario conseguir aquella satisfacción independientemente de la voluntad del obligado y venciendo toda su contraria voluntad”. Asimismo, agrega John Arredondo (2015) citando a la Corte Suprema de Justicia Colombiana que, instruyendo acerca de las prerrogativas estatales, señala que “Uno de esos privilegios es la jurisdicción o facultad coactiva, en virtud de la cual el Estado, el Departamento o el Municipio cobran por medio de sus representantes o recaudadores ciertas cantidades que les adeudan, haciendo confundir aparentemente en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de Juez y parte (...)”

Toda vez que estas entidades gozan de un procedimiento que les permite cobrar a los deudores de una manera coercitiva, al estar enmarcado dentro de los límites que cada uno de los ordenamientos jurídicos fijan para emprender dicho proceso, este debe cumplir con los presupuestos establecidos en la Constitución que la rija, asegurando, en todo momento, el derecho al debido proceso, el cual, en palabras de Luis Cueva Carrión (2013) “es aquel que se debe seguir para asegurar los derechos y las garantías de las partes en un procedimiento jurídico”, además agrega que “le señala la debida y correcta actuación al funcionario público, le fija los límites dentro de los que debe actuar y la manera de impartir justicia imparcial, efectiva y oportuna”.

Sin embargo, la experiencia suele demostrar que la teoría y la práctica no siempre funcionan de la misma manera, y que al situarse cada entidad en determinadas necesidades, es posible que se formulen procedimientos seguidos en contra de sujetos pasivos, en los cuales la afectación del derecho al debido proceso se gesta como un sistema inmediato y efectivo, para cobrar dinero cuanto antes, y -lo peor del caso- sin que medie defensa alguna.

Para muestra, un botón: imagínese que usted es el representante legal de una compañía domiciliada en la República del Ecuador, la cual, por su relevancia y giro de negocio, exige que tenga diversos establecimientos alrededor del país. Cerca al fin de mes, debido a que usted debía depositar en la cuenta de sus trabajadores el sueldo correspondiente a cada uno, procedió a revisar el estado de cuenta de la empresa en su banco, cuando en ese preciso momento se enteró que el dinero que estaba en la cuenta de su compañía había disminuido exponencialmente, sin tener conocimiento del por qué o en qué momento se había realizado esta operación que afectó a sus activos.

Ante semejante situación, usted se comunicó con la entidad bancaria, con la urgencia de enterarse qué había pasado con todo el dinero faltante, a lo que su oficial de cuenta le informó que “En atención a su comunicación dirigida a nuestro Banco, nos permitimos detallar las Providencias Judiciales registradas en su cuenta corriente No.” procediendo a explicar, mediante un cuadro, una serie de retenciones y embargos realizados en diversas fechas por un Juzgado de Coactivas de un Gobierno Autónomo Descentralizado, basado en que supuestamente la compañía de su representación no había cancelado valores correspondientes a patentes ni a tasas de habilitación.

Lo insólito del caso es que su representada no ejercía la actividad en ese cantón hace más de 10 años, debiendo cancelar valores que ascendían a más de un millón de dólares en impuestos supuestamente atrasados. Posteriormente, usted procedió a consultarle al Gobierno Autónomo sobre si en algún momento se realizó el acto de notificación necesario para que su compañía tuviese conocimiento de los títulos de crédito formulados en su contra que, posteriormente, dieron origen a la coactiva, a lo que el mismo -mediante comunicado- sustentó que la notificación fue ejecutada a un supuesto trabajador de su compañía, el cual nunca ha sido dependiente suyo. Al no haber sido impugnados los títulos de crédito, se dio inicio al juicio coactivo, en el cual se aplicó el mismo “procedimiento” de citación, lo cual impidió que usted tuviera conocimiento de dicho juicio, en el que el juez de coactiva ordenó la retención de los valores adeudados, y posterior embargo de los mismos debiendo el banco, en el que se encontraban sus fondos para cancelar la quincena de sus trabajadores, transferirla a la cuenta de la entidad municipal.

Ante el evento que se ha descrito, enmarcado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es necesario cuestionarse ¿Qué hacer frente a este abuso, no esporádico, de la Administración Municipal?, ¿Qué vías procesales son las idóneas para defender los derechos de su cliente? ¿Acaso sería conveniente iniciar un procedimiento administrativo, judicial o constitucional?, ¿Cuál sería la vía más expedita?

En este sentido, es menester anticipar que, este artículo no pretende otorgar una solución única a todas las interrogantes (y más) aquí planteadas, puesto que la casuística que circunda en cada una de las posibilidades pudiere ser infinita; sin embargo, su objetivo es ofrecer distintas vías en la que usted, afectado por maniobras reiteradas y maliciosas de ciertas entidades municipales (puesto que no son todas), pueda impugnar los procedimientos abiertamente ilegales seguidos por ciertos Gobiernos Autónomos Descentralizados y, en la medida de lo posible, detener el uso de estas prácticas inconstitucionales ideadas por instituciones en detrimento de los derechos de las personas.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En palabras de García de Enterría y Ramón Fernández (2013) “Producido un acto administrativo a través del procedimiento correspondiente, el ordenamiento jurídico reconoce a sus destinatarios la posibilidad de impugnarlo, bien ante la propia Administración de quien el acto procede, bien ante un orden especializado de Tribunales, los integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativo.” Pues bien, en el presente asunto, se analizará la impugnación ante la propia Administración, y sin lugar a dudas, la puesta en práctica del análisis a la problemática planteada impide, categóricamente, que se tome en consideración iniciar un procedimiento administrativo en contra de los Actos emitidos por el Gobierno Autónomo Descentralizado, y esto por la sencilla razón que si dicha entidad admite de manera reiterada la realización de estas prácticas que conllevan al ocultamiento de títulos de crédito, formulación de procesos coactivos, e inclusive la orden de embargo, resultaría utópico solicitar a la Administración Municipal la devolución de dichos valores (más aún si se trata de una cuantía elevada), puesto que la respuesta, además de tardía será, sin lugar a dudas, negativa.

Con este escenario, las alternativas expeditas y ciertamente imparciales, serían la interposición de una acción constitucional o el inicio de un procedimiento judicial en vía Contencioso – Tributaria. Expuesto el tema, se procederá a revisar la vía constitucional previo a la ordinaria, pues a criterio de los autores del presente artículo, tomando en consideración que su compañía se encuentra prácticamente sin fondos para cubrir el sueldo de sus trabajadores, y demás gastos necesarios que se encuentran impedidos de ser solventados en virtud de los procedimientos coactivos, la acción constitucional supone ser la opción apropiada para obtener, cuanto antes, la devolución de los valores embargados, además de que el juez ordene dejar sin efecto todos los procedimientos coactivos que dieron origen a la situación actual.

Estos medios de protección han sido concebidos por los jueces de la Corte Constitucional, quienes en la sentencia No. 001-16-PJO-CC del 22 de marzo de 2016 señalan que “el constituyente ecuatoriano ha optado por la creación de diversos mecanismos que permiten la efectiva protección de los derechos garantizados en la Norma Suprema, plasmando en su texto una serie de garantías constitucionales, que tienen por objeto la efectiva vigencia de los derechos constitucionales.” Entre estas garantías se encuentra especial-

mente la acción de protección, quienes agregan, citando a la sentencia No. 016-13-SEP-CC del 16 de mayo de 2013 que esta “es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales”. Ello conlleva a establecer que, ante determinadas vulneraciones de derechos, las acciones constitucionales suponen ser la vía ideal para la protección ante los abusos del poder.

MEDIDAS CAUTELARES

Empero de lo mencionado, en virtud de la urgencia y la afectación constitucional a los derechos, una de las opciones existentes es plantear una acción de medidas cautelares, puesto que su inmediatez y finalidad la constituye en un verdadero acceso expedito a la justicia. Tal como lo indica Rafael Oyarte (2017) “las medidas cautelares tienen por fin que el derecho a la tutela judicial efectiva se cumpla (...)” Asimismo, agrega que estas medidas evitan las consecuencias graves que pudiesen surgir de procesos en los que se impugne un acto que “por su naturaleza es ejecutivo y ejecutorio”, aquello que encuadra en la presente problemática. En este sentido, Santiago Guarderas (2014), citando a Daniel Uribe, indica que “las medidas cautelares sirven como una garantía que impide la generación de un daño, y al mismo tiempo, satisface la obtención de una providencia que cumpla con los características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales”, lo cual concuerda con lo estipulado por el Art. 26 y 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC):

“Art. 26.- Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.”

“Art. 29.- Inmediatez.- Las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición.”

Si bien es cierto que la norma exige como requisito fundamental la amenaza o violación de modo inminente o grave de un derecho, teniendo en cuenta que, según lo expresado por el Art. 27 inciso segundo del mismo cuerpo legal, se entiende por “grave” a una violación que ocasionare daños irreversibles, aquello que sucede de manera evidente en el presente caso, ya que el embargo del dinero, motivado por un procedimiento que adolece de vicios, deviene en un daño (en el sentido de que, al no realizarse las notificaciones en legal y debida forma, conllevaron al inicio de los procedimientos coactivos y al posterior embargo de dinero, que impide un pago a los trabajadores) de carácter irreversible (pues recuperar esa cantidad de dinero, seguido de dicho embargo, resulta una tarea titánica).

En otras palabras, en el presente caso la vulneración de derechos, en los términos que exigen las medidas cautelares, resultaría realmente notoria. Ello conllevaría a solicitar al juez constitucional las siguientes medidas: 1) Dejar sin efecto todo lo actuado dentro de los juicios coactivos seguidos por el Gobierno Autónomo Descentralizado en contra de

su representada; 2) Se disponga al Gobierno Autónomo Descentralizado la devolución de los valores indebidamente embargados, y; 3) Se disponga que el Gobierno Autónomo Descentralizado notifique en legal y debida forma a la compañía, a través de su representante legal, los títulos de crédito que existan en contra de su representada.

Por medio de la basta explicación jurídica que se pueda detallar en la acción de medidas cautelares acerca de que el daño es irreparable, que las medidas solicitadas son aplicables, y demás particularidades, el juez pudiere considerar que la medida fuere aplicable, toda vez que cumpliría con las exigencias determinadas por la Ley. Es de conocimiento notorio que la medida otorgada implica una orden al Gobierno Autónomo Descentralizado para que cumpla con lo detallado en el párrafo anterior. A pesar de ello, podría devenir la eventualidad de que, al ser una entidad municipal integrada por ciertos funcionarios que actúan en un abierto abuso del poder, el legitimado pasivo podría hacer caso omiso al mandato judicial, recayendo en lo dispuesto por el Art. 30 de la LOGJCC, el cual dispone que “El incumplimiento de las medidas cautelares será sancionado de la misma manera que en los casos de incumplimiento de la sentencia en las garantías jurisdiccionales constitucionales”. Naturalmente, aquel lector formado en Derecho, subsumiría de manera inmediata dicha actuación al tipo penal de desacato, por medio del cual se tramitaría un Proceso Penal de acción pública. Sin embargo, en un proceso actual, se ha acogido una consideración distinta a la aquí expuesta.

En un reciente proceso penal en contra de una conocido dirigente deportivo, la Fiscalía le inició un procedimiento por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, por lo cual, el Juez, como medida preventiva, ordenó la prohibición de salida del país del procesado. La defensa del dirigente alegó la nulidad del proceso por incompetencia del fiscal, a lo que el suscrito Juez tomó en consideración la sentencia No. 071-15-SEP-CC, la cual expresa que: “De conformidad con la regla jurisprudencial 3.1 contenida en la sentencia N.º 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre del 2010, en el sentido que “...los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales”; y que esta competencia ha sido asignada constitucionalmente a la Corte Constitucional de manera privativa en el artículo 436 numeral 9; la declaratoria de incumplimiento de sentencia de acciones constitucionales y el consecuente proceso de daños y perjuicios por el persistente incumplimiento de la decisión constitucional es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional.” Además de citar al Art. 163 de la LOGJCC, el cual dispone:

“Art. 163.- Incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.- Las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional.

Si la Corte Constitucional apreciara indicios de responsabilidad penal o disciplinaria en la jueza o juez que incumple, deberá poner en conocimiento del hecho a la Fiscalía o al Consejo de la Judicatura, según corresponda.

En los casos de incumplimiento de sentencias y dictámenes emitidos por la Corte Constitucional, se podrá presentar la acción de incumplimiento previstas en este título directamente ante la misma Corte.

Para garantizar su eficacia se podrá solicitar el auxilio de la Policía Nacional.”

De lo expuesto por el caso, y la sucinta fundamentación expuesta por el Juez en cuestión, es necesario destacar que la misma norma invocada por el funcionario judicial establece que solo incumplen las sentencias de materia constitucional aquellos que tienen la obligación de ejecutarlas. Según lo dispuesto por el Art. 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, la potestad jurisdiccional, que incluye la de ejecutar lo juzgado, corresponde únicamente a los jueces establecidos por la Constitución y las leyes.

ACCIÓN DE PROTECCIÓN

En caso de incumplirse dicha medida, a pesar de la vía penal explicada en líneas anteriores, resultaría necesario iniciar una acción cuya resolución declare en firme la violación constitucional de un derecho por parte de una conducta de la autoridad pública no judicial, es decir, la acción ordinaria de protección. Dicha acción, en palabras Samuel Abad (2004), se concibe como “un proceso especial de naturaleza constitucional cuya pretensión es obtener la protección jurisdiccional frente a los actos lesivos de los derechos constitucionales (...)”. El inconveniente de plantear este amparo ante el juez constitucional es la restricción que establece el Art. 40 numeral tercero de la LOGJCC, en referencia a la “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”, puesto que la autoridad judicial constitucional podría, a su criterio, considerar que la protección al derecho a la defensa debería ser llevada a cabo mediante la justicia ordinaria, esto es, ante el Tribunal Contencioso - Tributario.

A diferencia de la Resolución que ordena la medida cautelar, la cual es inapelable en atención al Art. 33 inciso segundo de la LOGJCC la cual expresa lo siguiente “La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación”, la providencia judicial que resuelve la acción de protección sí admite la interposición del recurso de apelación, toda vez que esta garantía jurisdiccional se rige por el Capítulo de Normas Comunes del citado cuerpo normativo. Por tanto, ante la eventualidad de que el juez constitucional resuelva inadmitir la acción motivando su decisión en que la protección del derecho a la defensa y propiedad que, en el presente asunto se ven notoriamente afectados, pueden ser garantizados mediante el Contencioso-Tributario, específicamente por la acción especial de nulidad del procedimiento a la coactivo, se podrá interponer recurso de apelación de tal suerte que, ante el Superior, se deberá justificar lo adecuado y eficaz que supone la acción de protección para precautelar la violación a los mencionados derechos, frente a un demorado procedimiento de nulidad en la justicia común.

En este aspecto, cabe señalar que la Corte Constitucional del Ecuador ya ha tenido un pronunciamiento acerca de la efectividad de otros mecanismos para la protección de los

derechos que se alegan vulnerados. De tal suerte, el máximo órgano de interpretación constitucional, mediante Sentencia No. 085-12-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento 728 del 20 de junio de 2012, ha establecido:

“El legislador, al expedir la citada Ley, agregó como requisito para la procedencia de la acción de protección la inexistencia de “otro mecanismo de defensa judicial” (artículo 40 numeral 3 LOGJCC); es decir, con dicha norma legal ha convertido a la acción de protección en una acción de carácter residual, desnaturalizando el carácter de preferente y sumario para la protección de derechos que le otorga la Constitución a la referida acción”, en referencia específicamente a la protección vía Contencioso - Tributaria establece que: “No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces en la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás vías previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros “mecanismos de defensa judicial”), devienen en ineficaces para la protección de esos derechos, debido a la naturaleza del trámite propio de cada una de las acciones en la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la dilación que genera su propia sustanciación, así como por la interposición de recursos, lo que no es desconocido por el foro ni por los usuarios del sistema de administración de justicia, siendo ello público y notorio, y respecto de lo cual no amerita que se exija prueba, por expreso mandato del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial. La larga espera que implica el trámite de un proceso judicial en la jurisdicción ordinaria sin duda alguna contradice el objeto de la acción de protección, esto es, el amparo directo y eficaz de derechos constitucionales. De aceptarse el criterio expuesto por el legitimado activo, implica que, en todo caso de vulneración de derechos constitucionales, el afectado deba transitar por el largo y engorroso trámite de un proceso judicial en las “otras vías judiciales”, que además no cumple el principio de celeridad previsto en el artículo 75 del texto constitucional.”

La interpretación constitucional elaborada por la Corte permitiría extraer que, inclusive, en la LOGJCC no se exijan tres requisitos para la interposición de una acción de protección, sino que baste la existencia de determinadas acciones u omisiones de autoridades públicas que hayan vulnerado un derecho constitucional, toda vez que el otro mecanismo de defensa (Contencioso - Tributario), al menos para el presente asunto, sería inadecuado e ineficaz.

De esta manera, usted puede concluir que el juez puede inadmitir esta acción basándose en lo anteriormente explicado (abriendo la posibilidad de una impugnación a diferencia de la medida cautelar, empleando el criterio descrito por la Corte) dándose de baja la imposición de la medida cautelar; o que, en efecto, declare la vulneración al derecho a la defensa y propiedad de su representada, teniendo como tal, una resolución en firme ordenando la imposición de medidas correspondientes para la reparación integral de los derechos, de acorde a lo prescrito por el Art. 18 de la LOGJCC, el cual señala:

“Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral

procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.”

La Reparación Integral (Acosta & Bravo, 2008) ha sido referida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentido amplio, como “todas aquellas medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y la indemnización. En este sentido, se trata de reparar por los daños: material, inmaterial, patrimonial familiar, al proyecto de vida, y de otorgar diferentes formas de reparación, traducidas en pago de indemnizaciones, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Todos estos conceptos comprenden la reparación integral.”

De las reparaciones mencionadas, lo más probable será que se incluyan las ordenadas en la medida cautelar previa, en conjunto con garantías de no repetición. Estas garantías implican, según el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana realizado por Carlos Duque y Laura Torres (2008) “la adopción de medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos (...) y, asimismo, identifica los elementos que componen esta obligación, señalando mecanismos de reforma institucional, como el de crear programas eficaces que permitan actuar en defensa de los derechos humanos, adoptar medidas para erradicar los factores de riesgo a los derechos humanos y destinar recursos suficientes para apoyar la labor de prevención en derechos humanos. La importancia de esta reiteración de jurisprudencia radica en el reconocimiento de la trascendencia de las garantías de no repetición en los procesos de justicia transicional, no solo como mecanismos de reparación individual o colectiva de las víctimas, sino también como mecanismos de prevención y protección efectiva y eficaz de derechos humanos a nivel institucional y estatal.” De tal suerte que, el juez dispondría que el Gobierno Autónomo Descentralizado, o en general todas las entidades municipales, adecuen sus procedimientos para que, en lo sucesivo, realicen las notificaciones en legal y debida forma, sin asumir que una persona labora en una compañía determinada, y con ello se entienda que se ha procedido con la debida notificación (he aquí la importancia de la acción de protección a posteriori de la medida cautelar).

TRIBUNAL CONTENCIOSO – TRIBUTARIO: NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO COACTIVO

Ahora, ¿qué hacer si por medio de la acción constitucional se obliga a continuar un procedimiento Contencioso-Tributario para la protección de los derechos en mención? Pues bien, ante este panorama no quedaría mayor opción procesal que incoar la acción especial de nulidad de procedimiento coactivo recogida por el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 322 numeral 9, que dispone lo siguiente:

“Artículo 322.- Acciones especiales. Se pueden proponer como acciones especiales:

9. Las de nulidad del procedimiento coactivo por créditos tributarios que se funden en la omisión de solemnidades sustanciales u otros motivos que produzcan nulidad, según la ley cuya violación se denuncie. No habrá lugar a esta acción, después de pagado el tributo exigido o de efectuada la consignación total por el postor declarado preferente en el remate o subasta, o de satisfecho el precio en el caso de venta directa, dejando a salvo las acciones civiles que correspondan al tercero perjudicado ante la justicia ordinaria.”

Una de las dificultades de este procedimiento es principalmente la demora en la obtención de una sentencia que pudiese (o no) ser favorable, lo cual realmente impide que se resguarde de manera efectiva los derechos de las personas, por ello la urgencia de haber iniciado, previamente, una acción por vía constitucional (en teoría, la más expedita). Es decir, por ser extremadamente notoria la nulidad del procedimiento coactivo, en razón de la omisión de una fundamental solemnidad como lo es el acto de notificación en legal y debida forma, ello permite establecer que resultaría probable que, en efecto, la sentencia falle a favor de las pretensiones de quien funge como actor (afectado).

Sin embargo, esta decisión en primer lugar sería tardía (especialmente luego de haber recurrido a la acción de protección, con su negativa, sumado a todo el tiempo del procedimiento en sede Contencioso-Tributaria; y, en segundo lugar, no estipularía garantías de no repetición (puesto que la pretensión es declarar la nulidad, y únicamente la nulidad) con lo que, se permanecería en la incertidumbre, tanto de su compañía como las demás que se encontraren (o se pudiesen encontrar) en su misma situación, de que el GAD o inclusive otras entidades municipales, en abuso del derecho, simulen las prácticas ilegales que se ejecuta en otro cantón en similar situación al propio.

Ciertamente, lo beneficioso -aunque en ciertos casos constituye un aspecto negativo- de las sentencias dictadas por el Tribunal especializado en Contencioso-Tributario es que, por su naturaleza y competencia son de única instancia, impiden la posibilidad de interponer el recurso de apelación quedando, como única y extraordinaria opción, el recurso de Casación, ante quienes deberán justificar la ilegalidad de la sentencia recurrida, lo cual suma al tiempo de espera para que la sentencia pueda ejecutarse (además de resaltar que, por sí misma, la ejecución supone otro proceso necesario para cumplir la decisión y añade la mora para el fin a alcanzar). En ese sentido, en el Ecuador de hoy se discute sobre la posibilidad que la vía Contenciosa Administrativa y Tributaria deje ser de instancia única, lo cual será analizado en un posterior artículo.

CONCLUSIONES

Es necesario tener claro que, ante el abuso de una entidad municipal o cualquier otra institución que, por su naturaleza, goce de una potestad de cobro, existen diversas vías procesales mediante las cuales se puede detener o revertir actuaciones ilegales ejecutadas con un ánimo de lucro, vulnerando derechos sin que siquiera exista la posibilidad de defenderse previo a la aplicación de dicha actuación. Cabe insistir en que, el presente

artículo no pretende, en ningún momento, condenar actuaciones de todos los Gobiernos Autónomos Descentralizados comprendidos dentro de la jurisdicción ecuatoriana, mas este debe ser analizado y comprendido desde la óptica de aquél sujeto, ya sea este una persona natural o jurídica, que sufre una afectación motivadas por el abuso de poder en que incurrir, o pudiesen incurrir, determinadas instituciones y que, en un Estado Constitucional de Derechos, no es posible admitir.

En virtud de ello, se presenta a usted, distintas posibilidades que, desde la óptica jurídica y estratégica, pudiese aplicar situándose en una situación similar, aparejada de un elemento que jamás debiese faltar en cualquier artículo relacionado con una defensa judicial, el cual es la práctica, aquellos problemas ante los cuales puede afrontarse o los aspectos positivos de los que tiene la posibilidad de beneficiarse.

Dicho esto, será usted quien decida el mejor mecanismo que logre garantizar la protección de sus derechos (o de su cliente) e, inclusive, a proponer otro distinto que considere más eficiente y eficaz, pudiendo colaborar en esta noble y constante causa de luchar en contra de los abusos del poder.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, J., & Bravo, D. (2008). El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Énfasis en la experiencia colombiana. *Revista Javeriana*, 332.
- Arredondo, J. (2015). *La jurisdicción coactiva*. Bogotá: Leyer.
- Abad, S. (2004). El proceso constitucional de amparo. In S. Y. Castañeda. *Derecho Procesal Constitucional Tomo II*. (pp. 674-691) Lima: Jurista Editores.
- Cueva, L. (2013). *El debido proceso*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Duque, C., & Torres, L. (2015). Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la paz. *Revista Javeriana*, 277-278.
- García De Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2013). *Curso de Derecho Administrativo Vol. II*. Pamplona: Civitas.
- Guarderas, S. (2014). *Medidas cautelares en Procesos Constitucionales*. Quito: Roberto Cevallos.
- Morán, P. (2011). *El Proceso Coactivo en la Administración Tributaria Seccional*. (Tesis de maestría). Universidad de Cuenca, Ecuador.
- Oyarte, R. (2017). *Acción Extraordinaria de Protección*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de marzo de 2016).
- Sentencia No. 071-15-SEP-CC, Caso No. 1687-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 18 de marzo de 2015).
- Sentencia No. 085-12-SEP-CC, Caso No. 0568-11-EP (Corte Constitucional Para el Periodo de Transición 29 de marzo de 2012).

EL DERECHO A LA PAZ Y EL DERECHO AL SERVICIO DE LA PAZ

THE RIGHT TO PEACE AND THE RIGHT TO SERVICE PEACE

KLÉBER SIGUENCIA SUÁREZ¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

En el presente trabajo se abordará como punto de partida el DERECHO A LA PAZ como uno de los derechos HUMANOS más importantes para el desarrollo del ser humano en sociedad, así como también se observarán las repercusiones de la vigencia de la PAZ como garantía para el desarrollo de otros derechos y protección de elementos axiológicos propios de la estructura del hombre. Se analizará desde el marco conceptual de los Derechos Humanos las graves consecuencias que se generan cuando se altera la tranquilidad y armonía en una sociedad poniendo en riesgo la vigencia de la PAZ, considerada ésta como uno de los aspectos necesarios para la consecución de los fines de toda sociedad. De la misma forma, es oportuno mencionar que la vigencia de la PAZ no puede mantenerse o conseguirse por sí sola; requiere como herramienta indispensable del derecho ya que, a través de las normas jurídicas, pueden imponerse disposiciones coercitivas con el objetivo de conminar al hombre en sociedad a la observancia y respeto de las reglas de convivencia bajo la amenaza de una sanción. Es por dicha razón que se establecerá argumentos desde el punto de vista jurídico con los cuales se sustenta la idoneidad del derecho y todos los elementos que lo componen, como una herramienta que debe estar al servicio de la paz para garantizar la vigencia de la misma y la consecución de los fines que de ella se desprenden.

PALABRAS CLAVE: paz, Derecho, Derechos Humanos, Derecho Constitucional, guerra, Filosofía.

RECIBIDO: 13/01/2018
ACEPTADO: 24/07/2018

CORRESPONDENCIA:
kleber.siguencia@cu.ucsg.edu.ec

ABSTRACT

In this article, the right to peace will be addressed as one of the most important human rights for the development of the human being in society, as well as the repercussions of peace's validity as a guarantee for development of other rights and protection of axiological elements of the structure of man. The serious consequences that are generated when the tranquility and harmony in a society are altered will be analyzed from the conceptual framework of Human Rights, putting at risk the validity of peace, considered this one of the necessary aspects for the achievement of the purposes of all society. In the same way, it is appropriate to mention that the validity of peace can not be maintained or achieved by itself; it is required as an indispensable tool of the law since, through legal norms, coercive dispositions can be imposed with the aim of forcing man in society to observe and respect the rules of coexistence under the threat of a sanction. Is for this reason that it will establish arguments from the legal point of view on which the suitability of the right and all the elements that comprise it are based, as a tool that should be at the service of peace to guarantee its validity and the achievement of the ends that derive from it.

KEYWORDS: peace, Law, Human Rights, Constitutional Law, war, Filosofía.

“(...) No me considero un militante de la no violencia, pero he adquirido la certeza absoluta de que, o los hombres logran resolver sus conflictos sin recurrir a la violencia, en particular a la violencia colectiva y organizada que es la guerra-exterior o interior-o la violencia los borrará de la faz de la tierra. (...)” (BOBBIO, 2008).

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la existencia del ser humano, los registros y evidencias que se han podido conocer nos muestran que el hombre siempre ha vivido en situaciones de conflicto, disputa o controversia. La convivencia entre sus semejantes, no siempre ha sido del todo pacífica. Indudablemente, el convivir diario entre seres de la misma especie, muy semejantes pero a al mismo tiempo con infinitudes de diferencias ha provocado situaciones de caos con las cuales el hombre ha tenido que convivir durante su estadía en la tierra.

Los conflictos y controversias se evidencian, para los creyentes, incluso desde el origen del mundo, según relata el libro del Génesis en el antiguo testamento donde en un principio se narra que todo lo que había sido creado fue destinado para el hombre a quien se le entregó el paraíso para que dominara a los animales y a las plantas, sin embargo la desobediencia del hombre alteró el estado de paz y armonía generando discordia y desconfianza con el creador.

En capítulos siguientes se aprecia la escena, que a decir de muchos estudiosos, es la constancia del primer crimen o delito que reporta la historia, en efecto nos estamos refiriendo al asesinato de Caín en contra de su hermano Abel. Si se analiza con detenimiento los antecedentes de este hecho punible, todo se desarrollaba en un ambiente de armonía y tranquilidad, sin embargo, el sentimiento de envidia generó disputas entre los hermanos y que finalmente culminó con un hecho reprochable que alteró el estado de normalidad y armonía vigente hasta aquél entonces.

Pero los hechos en los cuales se evidencia la ausencia de paz o la alteración de la misma, son innumerables. La mayor parte de los episodios que se catalogan como relevantes o que han marcado un hito en la historia de la humanidad, han sido precisamente hechos que se han escrito con sangre, dolor y sufrimiento. Si bien es verdad en algunos casos los hechos a los que nos estamos refiriendo son aquellos en los que se lograron verdaderas conquistas para el reconocimiento de derechos, garantías, e incluso para lograr la igualdad entre todos los seres de la especie humana, también es verdad que gran parte de aquellos acontecimientos son recordados por haber ocasionado los estragos más atroces y despiadados en contra de la raza humana. Tan graves y reprochables son, que la magnitud de destrucción y el daño que se ha ocasionado a toda la humanidad, todavía se mantiene latente en muchas regiones del mundo donde los efectos de la guerra y la maldad del hombre todavía siguen generando estragos.

A pesar de todos aquellos sucesos y acontecimientos en donde la conducta del hombre ha sido censura por toda la humanidad por la destrucción de la armonía y el estado de tranquilidad que fueron afectados por los actos de agresión y de terror provocados por el hombre, actualmente continúan suscitándose hechos que atentan a toda la humanidad y cada día-con el avance de las tecnologías- los daños y repercusiones son de tal magnitud que, actualmente, basta con presionar un solo botón para extinguir países enteros, generar caos y destrucción en el mundo entero. En la mayoría de los casos es imposible o resulta muy difícil explicar por qué un ser humano es capaz de agredir a uno de sus semejantes. Se parte de la idea que en los actuales momentos-a diferencias de los siglos anteriores, el hombre cuenta con mecanismos y herramientas para pensar de una manera razonable, analítica y medir las consecuencias con las respectivas repercusiones y con ello poder arrancar de raíz cualquier idea de destrucción o agresión en contra de otro.

Sin embargo y a sabiendas de todos los hechos comentados en líneas anteriores, el ser humano no ha perdido las esperanzas de vivir en un mundo en donde el estado de armonía y tranquilidad pueda ser disfrutado por generaciones futuras. Estamos refiriéndonos al hecho en el cual, todavía hay seres humanos que piensan que no todo está perdido y que-tarde o temprano- se reducirán considerablemente los episodios de dolor y amargura que siempre dejan los conflictos.

La humanidad, a pesar que diariamente es testigo de una serie de hechos de violencia que alteran la paz en el mundo, todavía existe un sentimiento de esperanza en que los conflictos puedan resolverse sin necesidad de recurrir a las armas y al derramamiento de sangre.

PLANTEAMIENTO INICIAL

En las constituciones de varios países del continente americano, en especial aquellas que nos ocupan por ser de América Latina, se habla en varios artículos y párrafos a cerca de la paz. Desde el preámbulo de los textos constitucionales como es el caso de Ecuador, Argentina, Venezuela, entre otras se habla de la paz como elemento sustancial para

conformación de un Estado, otros como un fin superior, otros como un medio para la consecución de los fines y deberes primordiales del Estado.

En algunos textos constitucionales de los referidos *ut supra* y que también serán comentados en líneas posteriores, la paz aparece como eje central y requisito *sine qua non* para la consolidación de un estado de armonía y tranquilidad tanto al interior como hacia los límites fronterizos en relación a otros Estados.

Otros textos constitucionales, incluyen la paz y el aseguramiento de la misma, como un deber y obligación cívica o ciudadana que se convierte en un compromiso de los administrados respecto del Estado; entendido aquello como una muestra de responsabilidad que tiene cada individuo para con la Nación.

En constituciones como la de Colombia y de Perú, se habla de la paz como un derecho y como mecanismo para la realización, aseguramiento y vigencia de otros derechos correlativos así como también para promover la tranquilidad y la armonía entre los habitantes.

Más adelante y esto es, al entrar a la lectura de la parte política o estructural de las constituciones antes referidas, en muchas líneas se puede apreciar que dentro del poder jurisdiccional o función judicial se consagra la figura de los jueces de paz los cuales-a quienes también nos referiremos en el desarrollo de nuestro trabajo-tienen la función de buscar soluciones o proponer mecanismos alternativos no judiciales para resolver conflictos comunitarios.

Tal como hemos podido apreciar, la paz es un elemento esencial dentro de los Estados, los cuales la conciben como medio o fin para la consecución de objetivos, como un valor, como un derecho y como un estado que permite la vigencia y realización de otros derechos.

Es menester mencionar que, los asuntos relacionados con la paz no solamente son abordados desde las constituciones y tratados internacionales, existen abundantes documentos apostólicos (encíclicas)-a las cuales también nos referiremos desde el punto de vista jurídico-en donde se concibe a la paz como una de las máximas aspiraciones de toda la humanidad.

Entonces, desde los diferentes escenarios que hemos propuesto, podemos apreciar que paz cumple con un rol trascendental en la vida del ser humano y que a través de ella se pueden desarrollar las condiciones propicias para el pleno desarrollo del hombre y todos los componentes que constituyen los atributos de su personalidad.

Con estos antecedentes y habiendo realizado el planteamiento esquemático sobre el cual vamos a desarrollar el presente trabajo, es importante formular las siguientes interrogantes que nos servirán de guía para abordar el tema propuesto. ¿La paz, es realmente un derecho? ¿Si la paz es un derecho, en cuál de las clasificaciones tradicionales (referente a los derechos) se incluye? ¿Si la paz es un derecho, requiere estar expresamente contemplado en el articulado de la Constitución para asegurar su vigencia y juridicidad? ¿Puede el derecho coadyuvar para mantener la vigencia de la paz o lograr su consecución y los derechos afines a ésta?

Estas interrogantes las iremos despejando a medida que vamos desarrollando este trabajo. Advertimos que la primera parte del mismo se enfocará en la paz como derecho y las repercusiones dentro y fuera del Estado. La segunda parte comprenderá la relación que tiene el derecho respecto de la paz y los efectos jurídicos que se evidencian cuando el derecho se pone al servicio de la paz.

ARGUMENTOS

LA PAZ: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Hablar de paz en los actuales momentos en los que vive el mundo moderno, resulta una labor bastante compleja. Mucho se ha comentado en diversos escenarios sobre los alcances que tiene el concepto de paz. Con el avance tecnológico y con la globalización del conocimiento, la humanidad no sólo ha evolucionado para bien; existen varios sucesos registrados en los últimos años en los cuales se puede apreciar que el hombre también ha desarrollado mecanismo de destrucción masiva y otros instrumentos que alteran el orden, la armonía y la paz.

En los inicios de la vida del hombre en la tierra, quizás el concepto de paz era completamente reducido limitándose a establecer que es todo aquello que constituye la ausencia de la guerra. Actualmente, las concepciones respecto de la paz, sin lugar a dudas deben haber cambiado radicalmente luego de los sucesos o acontecimientos de los cuales la humanidad toda ha sido testigo. Casos como el atentado terrorista a las torres del World Trade Center en Estados Unidos de Norteamérica, las múltiples masacres ocurridas en Medio Oriente a manos del grupo terrorista ISIS, las guerras biológicas y químicas que azotaron al mundo hace varios años y que generaron caos e incertidumbre en toda la humanidad, los últimos atentados terroristas ocurridos en París en donde murieron decenas de seres humanos en manos de extremistas del Islam; nos permiten apreciar que los alcances de la paz son mucho más extensos de lo que se creía y que abarcan todos los ámbitos en los cuales se desarrolla el ser humano. En estos casos hay que destacar que existen muchas situaciones que motivan este tipo de violencia. Es importante anotar que factores políticos, religiosos e ideológicos son los que motivan constantemente hechos de violencia con los que se atenta contra la paz. Bobbio, citando a Herzen, señala que con la violencia y el terror se difunden religiones y políticas, se fundan imperios autocráticos y repúblicas inescindibles, (...) (BOBBIO, A UN VECCHIO COMPAGNO V. ESTRADA, 1987)

En razón de aquello y muchas circunstancias similares es que generalmente al hablar de paz inmediatamente aparece a la discusión el tema de la guerra y viceversa. En otras palabras: mientras guerra se define positivamente con la lista de connotaciones que la caracterizan, paz se define negativamente como ausencia de guerra, o más brevemente como no-guerra. (BOBBIO, 2008)

Ahora bien, no solo tratándose de guerras es que debemos hablar de paz. Indudablemente que no, toda vez que pecaríamos gravemente al reducir el concepto de paz únicamente en relación a lo que se refiere a la guerra. Debemos tomar en cuenta que, si

bien los hechos descritos en líneas anteriores han servido de ejemplo para graficar cómo la paz puede ser alterada, también es cierto que no es necesario hacer uso de las armas o de componentes químicos para atentar con la paz.

En la vida diaria se nos presentan diversas situaciones que nacen de pequeñas diferencias y que pueden desencadenar en graves controversias o conflictos que pueden alterar los estados de paz dentro de los cuales desarrollamos nuestras actividades cotidianas.

Tal como hemos mencionado, hoy en día, la paz abarca y permite la construcción de conceptos (armonía, justicia social, bienestar, relaciones justas, tranquilidad interior, estado de mente bien ordenado) para formar este ideal deseado, más que ser simplemente el resultado limitado de algo no deseado (ausencia de guerra) (LEDERACH, 2000). Tomando en consideración estos aspectos podríamos decir que la paz más allá de ser la no guerra, debe ser concebida como la ausencia de violencia (BOBBIO, 2008). Entonces debemos establecer que violencia-propiamente tal- es todo tipo de acto que altere o afecte la tranquilidad en un determinado medio. La violencia no sólo es física, puede ser también, psicológica, moral, sexual etc., y todo aquello que implique un menoscabo, detrimento o perturbación en la tranquilidad de una persona.

Es importante anotar que en virtud de los hechos narrados en líneas anteriores, el concepto de paz ha evolucionado considerablemente. Luego de muchos acontecimientos que ha vivido el ser humano, el concepto de paz adquiere un nuevo significado al asociarla no como la antítesis de la guerra, sino al de violencia. (JARRES R, 1999) Con esto podemos decir que el concepto de paz se amplía mucho más allá de la ausencia de guerra o de un estado de no guerra. Es que indudablemente la paz no sólo se ve afectada en un conflicto armado, amenaza de conflicto bélico, en lo absoluto, todo aquello que signifique violencia implica una grave alteración de la paz.

Con las aproximaciones expuestas anteriormente, podemos afirmar que la paz no es lo contrario a la guerra, es decir, no podemos hablar de que la única situación que altera la paz es la guerra. Al contrario, toda forma de violencia, conflicto, conmoción o alteración al estado de tranquilidad y armonía puede considerarse como la antítesis de la paz.

LA PAZ COMO DERECHO

Con las delimitaciones conceptuales desarrolladas en el acápite anterior, conviene establecer y analizar los diversos argumentos con los cuales se concibe a la paz como derecho.

El algunos textos constitucionales-tal como hemos señalado en líneas anteriores- se incorpora la paz como base sustancial de un Estado en el cual se procura alcanzar objetivos que-en su gran mayoría- se encuentran enfocados hacia el pleno desarrollo, consecución y reconocimiento de derechos en beneficio del hombre considerado como centro de todas las actuaciones del Estado y elemento esencial dentro de la sociedad. Es de mencionar que en algunos casos se plasma de manera expresa que la paz es un derecho o que los ciudadanos regidos bajo el marco jurídico de una determinada Constitución tienen

derecho a la misma. También es oportuno mencionar que en otros textos no se dice nada respecto a la paz como derecho, pero de la lectura de los elementos dogmáticos, así como también del análisis de la normativa de aquellas constituciones, en la parte relativa a los derechos, puede colegir que la paz se encuentra implícita en dichas disposiciones o la conciben como el horizonte del ordenamiento jurídico.

De la revisión de varios textos constitucionales, hemos podido apreciar que son muy pocas aquellas que incorporan la paz dentro de su catálogo de derechos. A continuación, nos referiremos al contenido de aquellas normas. La Constitución de la República de Colombia es quizás uno de los textos más explícitos que consagran de manera expresa y concreta el derecho a la paz. El artículo 22 *ibidem* establece “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Tal como se puede apreciar, del texto transcrito se desprende que la paz-en Colombia- se encuentra consagrada dentro del catálogo de derechos, y no de cualquier derecho, sino específicamente dentro de los derechos fundamentales. En el texto de la Constitución de Perú, se consagra que toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. A diferencia de la Constitución de Colombia, se puede observar que la redacción del numeral 22 del artículo 2 de la Constitución peruana, amplía el marco dentro del cual se desarrolla el derecho a la paz.

Se podría decir que la paz es el eje central para el desarrollo de las demás condiciones que se establecen en la disposición mencionada. Evidentemente que la paz es el punto de partida y el requisito indispensable para la logar un ambiente de tranquilidad que permita el desarrollo pleno y el goce de los derechos del hombre dentro de un medio equilibrado y acorde a las expectativa del ser humano. Es de resaltar además que, al igual que la Constitución de Colombia, la paz se encuentra consagrada dentro de los derechos fundamentales. En el caso de la Constitución de Bolivia se promueve la cultura de la paz y el derecho a la paz, otorgándole (a la paz) una doble función, por un lado constituirse como un derecho, y por otro servir de eje central para el desarrollo cultural y con ello la consecución de otros fines y derechos conexos.

En la Constitución de Ecuador, se establece como deber primordial del Estado, “(...) Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz (...)”. Aquí se puede evidenciar que el concepto de paz es tomado tanto como un deber y como un derecho, lo cual permite apreciar la imposición se le hace al Estado al atribuirle la obligación de GARANTIZAR la vigencia del derecho a la cultura de paz. Ahora bien, esta responsabilidad no solo se la asigna al Estado, sino que además todos ciudadanos son responsables del mantenimiento de la paz

Los textos constitucionales y los artículos referidos en líneas anteriores han consagrados de manera expresa que la paz es un derecho. Sin embargo, no todas las constituciones analizadas prevén situaciones iguales a las ya referidas. A continuación analizaremos otros textos constitucionales en los cuales, a pesar que no se encuentra

expresamente establecido el derecho a la paz, existen disposiciones con las cuales encaminadas a coadyuvar la realización, tutela y protección de la misma.

En la Constitución de Venezuela, dice el preámbulo “(...) para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley (...)”. Por su parte, la Constitución ecuatoriana también establece en su preámbulo que el Ecuador es un “(...) país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz (...)”. En la Constitución de la República de la Argentina, se establece como uno de los objetivos “(...) consolidar la paz interior (...)”, lo cual sin lugar a dudas nos permite observar que se busca establecer un ambiente propicio, a fin que el administrado pueda desarrollarse en un medio armónico y de tranquilidad para la consecución de los fines propuestos.

Ahora bien, con la norma descrita en líneas anteriores, nos preguntamos si ¿Es necesario que la paz se encuentre consagrada como derecho (en un artículo específico) para ser considerada tal?. La respuesta inmediatamente es no, toda vez que ya sea como valor, o como un objetivo del Estado siempre estará dirigida y enfocada en beneficio del ser humano. En aquellos textos en los cuales la paz aparece en consagrada en el preámbulo, algunos dirían que por tratarse de un enunciado-cuasi lírico- éste no forma parte del contenido normativo de la Constitución. Sin embargo, el preámbulo es un enunciado no normativo que integra el sistema normativo de la constitucional, por lo tanto: forma parte de él y por eso adquiere juridicidad (...) y ello sirve para encaminar nuestra identidad individual en la comunidad (si lo deseamos) y la propia identidad de la comunidad en cada uno de nosotros (siempre que estemos de acuerdo) (FERREYRA, 2008)

Otra inquietud que salta a la vista ¿es requisito indispensable que la paz-para ser considerada como derecho-tenga que estar expresamente consagrada en el texto constitucional. Las Constituciones, en la actualidad, se encuentran dotadas de preceptos normativas tendientes a garantizar la vigencia de los derechos que tienen rango supra-constitucional (los que se encuentran consagrados en Tratados, Pactos Acuerdos) y que en virtud de aquellos automáticamente se incorporan en los ordenamientos jurídicos por medio de lo que en doctrina se conoce como el bloque de convencionalidad.

Para el caso ecuatoriano, lo aplicable es lo dispuesto en el artículo 424 en donde se establece que aquellos tratados en los que se consagre derechos humanos, podrán ser considerados parte del ordenamiento jurídico. Aquello es la garantía que todos los derechos que nacen producto de las conquistas políticas, sociales e incluso aquellos que nacieron después de las guerras mundiales, puedan ser invocados por el hecho de que el Ecuador haya suscrito tales instrumentos internacionales.

Otro de los aspectos que se presenta tratándose del reconocimiento de derechos, se encuentran las cláusulas de los derechos inherentes o implícitos como la que encontramos en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución del Ecuador en el que se establece

que NO se excluyen del ordenamiento jurídico aquellos derechos que se deriven de la dignidad humana, aun cuando no se encuentren expresamente establecidos en el texto constitucional.

Es incuestionable que la paz es uno de los elementos esenciales para el desarrollo del hombre. Tal como hemos analizado en líneas anteriores, la paz permite la creación de un ambiente de armonía y tranquilidad con lo cual coadyuva al progreso de los derechos del hombre que le permiten alcanzar la plenitud de los mismos. Estas condiciones son indispensables para lograr que el ser humano pueda desenvolverse en un medio acorde a su dignidad. Indudablemente, no podríamos hablar de dignidad humana sin tener de por medio paz. Tal como se explica en la carta apostólica *pacem in terris*, la paz es el elemento esencial para el desarrollo de los derechos sean sociales, políticos, económicos etc. en beneficio de la dignidad humana. Existen instrumentos internacionales que sostienen que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y que por lo tanto son elementos esenciales a la persona.

Ahora bien, luego de haber establecido de manera categórica que la paz es un derecho, es oportuno señalar que no se trata de cualquier derecho. El artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para el Siglo XXI, establece que el derecho a la Paz, como un derecho HUMANO que tienen todas las personas con el objetivo de erradicar toda forma de violencia. En efecto, se trata de un derecho humano de tercera generación (FERREYRA, OB.CIT, pág. 233) que se encuentra destinado de manera objetiva a todo aquel miembro de la especie humana tomando en consideración-tal como fue expuesto en líneas anteriores-que todos los individuos estamos dotados de dignidad. De ahí que podemos afirmar que la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social (POLO, 2013.). Se trata precisamente de un derecho humano porque son “(...) aquellos poderes amparados por una comunidad, que general conductas obligatorias en los demás (...)” (RABINOVICH-BERKMAN, 2013)y en razón de aquello requiere ser tutelada y garantizada toda vez-tal como explicaremos en líneas anteriores- la paz es el derecho que permite crear el ambiente propicio para el desarrollo de otros derechos y garantías.

Ahora bien, es importante tener presente que todos los derechos tienen o parten de la existencia de un valor que es y constituye la inspiración para la conformación de los mismos. Es de trascendental importancia recalcar que el génesis de los derechos comienza en la identificación de valores que luego van evolucionando hasta convertirse en derechos e insertarse en los ordenamientos jurídicos. No podemos desconocer que los valores son elementos que cumplen un rol preponderante en el quehacer jurídico, toda vez que los mismos son elementos con los cuales se identifica una determinada sociedad. Frente a esta situación podemos afirmar que la paz-como valor-cumple un rol fundamental toda vez que, tal como lo afirma Luigi Ferrajoli, el tercer criterio de identificación axiológica de los derechos fundamentales es su nexo con el objetivo de la paz (FERRAJOLI, 2007)

Decimos que la paz es un valor porque la misma permite la construcción de los cimientos de otros derechos que integran el ordenamiento jurídico y que permite el pleno desarrollo de aquellos. Adicionalmente debemos establecer de manera categórica que los Textos Constitucionales están constituidos, en su parte dogmática, por valores que inspiran derechos, objetivos y deberes primordiales tanto para sus habitantes como para el propio Estado.

Tal como hemos señalado en líneas anteriores, varias constituciones (de las expuestas ut supra) consagran la paz entre las líneas del preámbulo. Los preámbulos de las constituciones se caracterizan por consagrar los elementos axiológicos que serán la base de todo el andamiaje jurídico que se edifica en el texto de la Constitución. En este sentido se considera la paz como un valor porque permite la creación de un ambiente de armonía y de bienestar que le permite al hombre alcanza la plenitud de sus derechos.

Esto se lo puede palpar de la forma más evidente cuando todo el ordenamiento jurídico apunta a la eliminación de toda forma de violencia y conservación de la paz. Este valor es de carácter general, ya que no se puede pretender alcanzar la paz como un objetivo individual, toda vez que, para poder llegar a la consecución de una paz plena, se debe garantizar que sus efectos sean colectivos y que lleguen al resto de la comunidad. La paz, desde la óptica que hemos abordado-, permite al hombre llevar a su máxima expresión y a la plenitud derechos como: la VIDA, LA LIBERTAD, JUSTICIA, DIGNIDAD, LIBERTAD, IGUALDAD, SEGURIDAD entre otros, que constituyen la base esencial de todo ser humano; sin éstos derechos no podría concebirse la existencia del hombre como elemento fundamental de la sociedad.

Pensamos que la paz es el eje centro dentro de un Estado la misma que, al estar asegurada su vigencia, garantiza la realización o el desarrollo pleno del individuo, toda vez que, al estar inmerso en un ambiente de tranquilidad y ausencia de violencia, le permite a éste ejercer ampliamente sus libertades, ser tratado de manera digna, transitar con seguridad. Es por esta razón y otras más que la paz es uno de los ideales perseguidos por toda la humanidad y que hasta la actualidad todavía no se ha podido alcanzar en toda su plenitud.

EL DERECHO COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA PAZ

Es indudable que el derecho en su esencia tiene como fin último conservar y mantener el ideal de armonía dentro de la sociedad, la misma que se materializa a través del orden que debe existir en las relaciones entre los particulares y éstos con el Estado. Resulta claro que las necesidades que se presentan dentro de un estado tienen que satisfacerse en el sentido más efectivo posible de tal manera que el Estado pueda garantizar el goce de los derechos y garantías consagrados en el ordenamiento jurídico.

Para DABIN, el orden es uno de los elementos esenciales para la búsqueda del bien público en beneficio de todos. El orden no es un factor que viene dado por sí solo, sino que requiere de la realización de otras situaciones que permitan que se desarrollen las situa-

ciones propicias a fin de garantizar un ambiente de tranquilidad y armonía dentro de la sociedad. Para el autor antes mencionado, la idea de orden y paz guarda íntima relación con el derecho, toda vez que si bien es verdad que la aspiración máxima de un Estado es que toda las relacione entre los individuos sean llevadas de manera pacífica. Sin embargo, cuando las relaciones sociales se vuelven conflictivas es necesario la implementación de mecanismos de coacción como lo son la fuerza pública y la justicia (DABIN, 2003).

La realización de la paz a través de la conservación del orden en la sociedad por medio del derecho es posible toda vez que las normas jurídicas además de tener como objetivo la regulación de relaciones sociales, poseen en su contenido órdenes y disposiciones que son de cumplimiento inexorable. HART manifiesta que aquellos a quienes las órdenes generales se aplican sustentan la creencia general de que probablemente a desobediencia seguirá la ejecución de la amenaza, no sólo en la primera promulgación de la orden sino continuamente hasta que la orden sea revocada o cancelada. (HART, 2009) En virtud de lo anotado podemos afirmar que el derecho es la herramienta idónea para la conservación del orden dentro de la sociedad y hacer posible la consecución de la paz, toda vez que el derecho se encuentra en su parte positiva conformado por normas de carácter general que contienen disposiciones coercitivas. La coerción, como elemento intrínseco a las normas jurídicas, es el factor determinante para hacer posible que tales disposiciones sean cumplidas y con ello hacer posible la idea de justicia. Es indudable pues, que el derecho posee los atributos y las características más efectivas para coadyuvar con la búsqueda de la paz mediante el aseguramiento y tutela de valores jurídicos que deben inspirar las relaciones entre los seres humanos.

Ahora bien, es oportuno anotar que el derecho, además garantizar el imperio del orden en los actos de la vida del hombre y con ello colaborar con el mantenimiento de la paz, permite la vigencia de otros valores como la IGUALDAD y DIGNIDAD HUMANA

La igualdad es uno de los valores que guarda íntima relación con la paz y el derecho al estar inspirado por el ideal de justicia- garantiza la protección de la misma asegurando el equilibrio en las relaciones humanas erradicando todo acto de discriminación y permitiendo el goce de los derechos en las mismas condiciones y con las mismas oportunidades eliminando toda forma de trato desigual. Es de mencionar que la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales (FERRAJOLI, DERECHO Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL, 2009) y la paz forma parte de estos. La vigencia del principio de igualdad asegura la eliminación de todo tipo de trato discriminatorio en perjuicio de un determinado grupo y privilegiados para otros. Con ello se garantiza que todos tengan las mismas oportunidades en el ejercicio y goce de los derechos.

Otro de los valores que inspiran la consecución de la paz, es la dignidad del hombre. La dignidad humana es una correspondencia a la persona humana por lo cual cualquier miembro de la especie humana no es sólo un fin en sí mismo para sí (fundamento subjetivo), sino un fin en sí mismo por antonomasia (sentido objetivo). (NOGUERA, 2009)

En este sentido, podemos apreciar que la dignidad humana posee una doble concepción dentro de sí misma. Esta dualidad conceptual es la que justifica la razón por la cual la dignidad del hombre se convierte en un rasgo distintivo o inherente al ser humano y que identifica como un ser distinto del resto de los seres vivos. En virtud de aquello las normas jurídicas que imperan en un Estado constitucional de derechos de justicia, tienen como objetivo erradicar todo acto de violencia que implique tratos crueles, degradante y que humillen al ser humano. Cuando se considera al ser humano como fin de toda la actividad del Estado y se garantiza a través de las normas jurídicas el respeto a dicha condición, se establecen formas de erradicación de todo tipo de violencia que pueda afectar la integridad física, psicológica, sexual y moral. La garantía de tutela a la dignidad humana, permite el libre desarrollo de la personalidad -tal como lo menciona LUIS FELIPE POLO- la misma que no puede ser ajena a la libertad. (POLO, OB. CIT., 2013) Es por ello que al garantizar la vigencia del principio de dignidad humana se crean las condiciones idóneas que hacen posibles la realización de otros derechos esenciales para el ser humano.

Sin lugar a dudas el derecho es y será la herramienta más idónea para garantizar la consecución de la paz, no solo por el hecho de que por su naturaleza es un ciencia que guarda estrecha relación con la sociedad y que se estructura con base a normas por medio de las cuales el Estado ordena las actividades de los administrados y regula las relaciones entre sí, sino que además por el hecho de estar inspirado en el ideal de justicia, permite la creación de un ambiente adecuado para que valores supremos como la igualdad y dignidad humana-entre los más importantes- coadyuven a mantener la armonía al interior del Estado y así poder garantizar la eficacia de los derechos.

Resulta imperioso señalar que cuando existen condiciones en las que se garantizan principios como los antes mencionados, la importancia del derecho cobra relevancia en la búsqueda de la paz cuando a través del mismo se incorporan-en los textos normativos- principios destinados a proteger derechos básicos como la vida, la libertad, el respecto a la integridad, bien común, buen vivir entre otros que solamente podrán tener plena vigencia cuando existe paz en la sociedad. FERRAJOLI, citando a HOBBS, establece que la identificación axiológica de los derechos fundamentales es el nexo encaminado al objetivo de la paz el cual concibe la justificación del derecho y el Estado como instrumentos de la paz y de la tutela de la vida. (FERRAJOLI L., 2007)

Es de mencionar que la vigencia del derecho como instrumento al servicio de la paz permite garantizar la solución de todos los conflictos de la forma más pacífica posible eliminado toda forma de coacción (ilegítima) para precautelar el orden en la sociedad. DABIN, citando a KELSEN, establece que el derecho, sin duda alguna, es un orden establecido para promover la paz ya que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones de los miembros de la comunidad. Empero, no excluye de manera absoluta su empleo.

Lo anotado anteriormente resulta indispensable hacer referencia toda vez que, no siempre, la sola vigencia del derecho garantiza el orden en las relaciones humanas y

la consecución de la paz. Existen casos en los cuales el derecho necesita recurrir a la fuerza para mantener la tranquilidad en las relaciones de la sociedad. Tal como fue anotado anteriormente, DABIN establece que cuando el orden de la sociedad no puede garantizarse únicamente con la vigencia de las normas jurídicas, es preciso recurrir a la fuerza coactiva.

Es importante recalcar que el uso de la fuerza por parte del derecho-para garantizar la vigencia del orden en la sociedad- no se opone con el ideal de paz tal como hemos señalado en líneas anteriores. Una de las características del derecho es su factor coactivo, el cual le permite hacer uso racional de la fuerza para el cumplimiento efectivo de las disposiciones del ordenamiento jurídico. Es indudable hacer referencia al hecho en cual todos los seres humanos si bien es verdad somos semejantes, también es verdad que somos muy diferentes en cuanto a la forma de pensar y de actuar; `esta particularidad hace que todos-en algún momento- entremos en conflicto que de una u otra manera puede afectar la vigencia de la paz. (DABIN, OB. CIT., 2003)

El ideal de justicia como valor inspirador del derecho hace que todo el ordenamiento jurídico tenga como objetivo mantener el orden, convirtiendo a la paz en su fin común. BOBBIO citando a Kelsen, establece que la “(...) paz no es el fin del derecho, es el único del derecho, el único fin posible del derecho: es algo menos; pero no es tampoco uno de los fines posibles del derecho: es algo más. La paz es el fin mínimo de todo ordenamiento jurídico (...)” (BOBBIO, OB. CIT., 2008) No cabe la menor duda que el derecho al contener en su esencia el ideal de justicia y ser una herramienta cuya finalidad es tutelar el orden y la tranquilidad en la sociedad, lo mínimo que puede garantizar es el desarrollo de las condiciones del ser humano, en un ambiente de armonía.

CONCLUSIONES

No cabe duda que la paz cumple un papel trascendental en la vida del hombre. Una sociedad libre de violencia (en cualquiera de sus formas) es la máxima aspiración de todos los Estados, esto se aprecia cuando en los textos constitucionales se habla de la paz inclusive desde las primeras líneas que desarrollan los preámbulos. No podemos negar que la paz-como valor- es fuente inspiradora de todos los actos del Estado encaminados a garantizar el pleno desarrollo de la condición de ser humano y permite el goce efectivo de los derechos que forman parte de la personalidad de cada individuo, así como también prevé mecanismos que tutelan y protegen aquellos.

Por medio de la paz pueden perseguirse otros fines tal como lo menciona BOBBIO al establecer que el ordenamiento jurídico puede perseguir fines como paz con libertad, paz con justicia, paz con bienestar, pero la paz es la condición necesaria para alcanzar todos los demás fines y por tanto es la razón misma de la existencia del derecho. (BOBBIO N., 2003)

Como podemos apreciar, la relación paz-derecho es esencial dentro del Estado toda vez que, el derecho permite la creación de las condiciones necesarias para la consecución

de la paz. Por su parte la paz es requisito sine qua non para alcanzar los fines preferentes del Estado en materia de derechos. Sin paz, es imposible hablar del ejercicio y goce de derechos. No existe NINGÚN derecho que pueda desarrollarse plenamente o que tenga completa vigencia en un medio donde impera la violencia, el conflicto o controversias no resueltas.

La paz como derecho inspira la creación de disposiciones jurídicas encaminadas a proteger y tutelar todos aquellos derechos que nacen a partir de aquella, así como también normas que sancionan aquellos actos que tienden a causar caos y violencia. Ejemplo de aquello podemos apreciar en los sistemas de protección de los DDHH donde se condenan los tratos degradantes y humillantes a la persona, así como también la sanción a los delitos y crímenes como el genocidio, exterminio, desaparición forzada, esclavitud, apartheid, entre otros.

No cabe duda que el derecho es la herramienta idónea para alcanzar la paz. La naturaleza del mismo le permite la creación de normas para erradicar los actos que puedan ser contrarios a la idea de tranquilidad al interior de la sociedad. Es por ello que tal como lo hemos mencionado durante el desarrollo de todo el presente trabajo, la paz es el eje central de todas las decisiones del Estado, las cuales se encuentran garantizadas por medio de las actuaciones jurídicas, toda vez que, el derecho en su esencia y finalidad se encuentra al servicio de la paz.

Con los actuales acontecimientos acaecidos en varios países de Europa, Medio Oriente entre otros, surge de manera inmediata la siguiente interrogante ¿QUÉ ESTAMOS HACIENDO NOSOTROS PARA CONSERVAR LA PAZ? ¿COMO CONOCEDORES DEL DERECHO-EN RAZON DE NUESTRA PROFESION-DE QUÉ MANERA PODEMOS CONTRIBUIR CON LA PROTECCION Y VIGENCIA DE LA PAZ?, sin lugar a dudas son interrogantes muy difíciles de responder de manera inmediata, toda vez que, los seres humanos-en algunos casos-padecemos de una actitud quemimportista y de flagrante indiferencia a las violaciones de los Derechos Humanos. Bajo la trillada frase “mientras no se metan conmigo no pasa nada” evadimos nuestra responsabilidad como defensores de la vigencia del derecho y nuestra labor al servicio de la sociedad.

Anhelamos con mucha ESPERANZA y FE que los gobernantes y toda la comunidad internacional y-en general-la humanidad entera mire hacia el interior de cada uno y podamos darnos cuenta que, si continuamos “resolviendo las diferencias” a punta de fuego, probablemente la humanidad tendrá sus días contados. Esperamos, algún día poder reivindicarnos con la humanidad.

No podemos tampoco hacer oídos sordos al terrible momento que está pasando el Ecuador con las consecuencias de la narco-guerrilla y las severas repercusiones que, hasta la actualidad, han cobrado varias vidas de personas inocentes. Nosotros, quienes hacemos del derecho un estilo de vida y que tenemos el privilegio de aplicar las normas jurídicas, tenemos una gran responsabilidad en pro de buscar vías de paz y precautelar nuestros derechos y el de nuestros seres queridos

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, N. (1987). *A un vecchio compagno v. estrada*. turin einaudi.
- BOBBIO, N. (2003). *Ob. cit.* Barcelona: gedisa.
- BOBBIO, N. (2008). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa.
- BOBBIO, N. (2008). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa.
- BOBBIO, N. (2008). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa.
- BOBBIO, N. (2008). *Ob. Cit.* Barcelo: Gedisa.
- DABIN, J. (2003). *Doctrina general del estado*. Mexico: UNAM.
- DABIN, J. (2003). *Ob. Cit.* Mexico: UNAM.
- FERRAJOLI, L. (2007). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2009). *Derecho y garantías. la ley del más débil (VOL. 82)*. Madrid: Trotta.
- FERREYRA, R. (2008). *Fundamentos constitucionales*. buenos aires: ediar.
- FERREYRA, R. (S.F.). *Ob.Cit.*
- HART, H. (2009). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- JARRES R, X. (1999). *Educacion para la paz*. Madrid: Ministerio de Educacion.
- LEDERACH, J. P. (2000). *El abecé de la paz y los conflictos*. Madrid: Catarata.
- NOGUERA, A. H. (2009). *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Legales.
- POLO, L. F. (2013). *Ob. Cit.*
- POLO, L. F. (2013.). *Fundamento filosófico de los derechos humanos*. Lima: Grandes Ediciones.

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN: TENDENCIAS TEÓRICAS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

INTEGRATION LAW: THEORICAL TENDENCES IN THE LATIN AMERICAN CONTEXT

ZACARÍAS MIGUEL ISSOLIO¹

¹ Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

RESUMEN

El objeto de estudio de esta investigación de carácter descriptivo, se centró en las diversas corrientes teóricas que influyen en el proceso de integración latinoamericano, y para abordarlo, se estableció una metodología basada en las técnicas analítica, descriptiva y comparativa con un enfoque cualitativo, donde se ha realizado la recolección de información científica de datos empíricos a través de técnicas indirectas de análisis del material empírico reunido, conformado por trabajos de doctrina especializada, referida a las relaciones internacionales y el derecho de la integración, identificando el pensamiento de distintos autores sobre la evolución del proceso latinoamericano.

Como resultado del análisis se pudo concluir que actualmente en el ámbito latinoamericano, existe una conceptualización eurocéntrica para interpretar las relaciones internacionales y explicar el fenómeno de la integración, como lógica consecuencia del avanzado estado de evolución en las etapas del proceso integracionista europeo. Sin embargo, el fenómeno de la integración debe ser abordado teóricamente teniendo en cuenta la realidad socioeconómica, política y cultural de la región, y en ese contexto se intentó crear un marco interpretativo que tenga en cuenta las variables propias de la realidad regional.

PALABRAS CLAVE: Integración regional, teoría de las relaciones internacionales, América Latina.

ABSTRACT

The present descriptive investigation focused in the diverse theoretical currents that influence in the process of Latin American integration. Its methodology is based on the analytical, descriptive and comparative techniques with a qualitative approach, where the collection of scientific information has been done through indirect techniques of analysis. The collected empirical material consisted of specialized doctrine works, referring to international relations and the right of integration, identifying the thinking of different authors on the evolution of the Latin American process.

As a result of the analysis, it was possible to conclude that currently in the Latin American context, there is a Eurocentric conceptualization to interpret international relations and to explain the phenomenon of integration, as a logical consequence of the advanced state of evolution in the stages of the European integration process. However, the phenomenon of integration must be addressed theoretically taking into account the socio-economic, political and cultural reality of the region, and in this context an attempt was made to create an interpretative framework that takes into account the variables of the regional reality.

KEYWORDS: Regional integration, international relationships theories, Latin America.

INTRODUCCIÓN

En América Latina, el fenómeno de la integración fue abordado desde las incongruencias teóricas con relación al contexto del continente, por lo que se intentó crear un marco de interpretación teniendo en cuenta las variables propias de la realidad regional.

En este sentido, debemos destacar la reflexión hecha por Raúl Prebisch hace más de cuarenta años:

“No cabe pues interpretar los fenómenos del desarrollo latinoamericano valiéndose en forma incondicional de teorías que corresponden a una realidad histórica intelectual. De ningún modo podría prescindirse de la experiencia ajena, del pensamiento que en otras partes se ha elaborado y se sigue elaborando. Lo auténtico y original no significa insensata actitud de suficiencias. Pero hay que examinar lo que se piensa afuera con gran sentido crítico y con un espíritu selectivo que escapando al remedio artificioso permita tomar de la experiencia universal lo que tuviere de positivo y aprovechable”. (Gurrieri, 1982)

En este contexto, repasaremos algunas de las corrientes teóricas que influyen en el proceso de integración latinoamericano y como estas han influido en la interpretación de las relaciones internacionales y en los procesos de integración regional.

TEORÍAS ESTRUCTURALISTAS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

El contexto de la integración en América Latina no siempre puede explicarse a través de las teorías construidas en función de realidades de la integración europea, por lo que se han tenido en cuenta otras teorías como la interpretación hecha de un sistema-mundo o del subdesarrollo de los países de América Latina según las relaciones entre centro y periferia y la teoría de la dependencia.

La teoría sobre las relaciones centro-periferia -según un análisis estructuralista latinoamericano- fue desarrollada a finales de los años cuarenta y principio de los cincuenta por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), bajo la conducción del argen-

tino Raúl Prebisch, quien se preocupaba por la desigualdad del comercio existente entre el hemisferio norte y el hemisferio sur que provocaba una degradación de los términos de intercambio.

Según esta teoría, existían grandes diferencias entre los centros o metrópolis con economías homogéneas por causa de formas de producción modernas más complejas y diversificadas, permitiéndoles producir una más gran variedad de bienes y niveles tecnológicos bastante importantes; y las economías periféricas más heterogéneas y no diversificadas en sus producciones ni en sus exportaciones, generalmente monoexportadoras, con condiciones tecnológicas menos uniformes.

La influencia de los trabajos de Prebisch a través de la CEPAL, alcanzó a la teoría de la dependencia de los años sesenta, representada por autores como Celso Furtado, Theotonio Dos Santos, Fernando Henrique Cardoso y Enzo Faletto, quienes consideraban al planeta como un sistema económico (sistema mundial capitalista) controlado por el capitalismo transnacional, donde son importantes las relaciones entre su expansión y las estructuras y formaciones sociales locales.

Para el caso latinoamericano, una posición periférica de dependencia de diferentes centros del mundo desarrollado, según momentos precisos de la historia: España, Gran Bretaña y los Estados Unidos.

El profesor Vieira Posada, al analizar estas nociones explica que el sistema - mundo, creado según el profesor estadounidense Immanuel Wallerstein en el siglo XVI, se conforma con un sistema de economía-mundo capitalista que se expande por la división del trabajo incorporando otras zonas de imperios-mundo, de economías-mundo o de minisistemas, con un flujo de plusvalía de las periferias hacia los centros donde se concentran actividades monopólicas, en alternancia de ciclos de expansión y de estancamiento de la economía-mundo llamados ciclos de Kondratieff.

En lugar de cambios sociales producidos país por país, tal como lo cita el VIEIRA POSADA la teoría de un sistema-mundo de Wallerstein implica, -siguiendo a Peter Taylor- que si se acepta este supuesto de una sociedad única, las numerosas sociedades nacionales se convierten simplemente en partes de un todo mayor, por lo que un determinado cambio social sólo puede ser comprendido en su totalidad en el contexto más amplio del sistema-mundo moderno.

El sistema-mundo es totalmente distinto, porque los dos se refieren a procesos complejos y no a zonas, regiones o Estados. Los procesos de centro consisten en relaciones que combinan salarios relativamente altos, tecnología moderna y producción diversificada, lo cual no tienen los procesos de periferia. Y también se da la semiperiferia, que combina ambos procesos: se explotan zonas periféricas y a la vez se sufre la explotación del centro, en una estructura tripartita de centro explotador, semiperiferia explotador y explotado y periferia explotada.

Los ciclos Kondratieff producirán relocalizaciones de los centros de producción hacia zonas más periféricas con la incorporación de nuevas zonas, en un sistema político in-

terestatal que tiene también ciclos de hegemonía, como las Provincias Unidas del siglo XVII, el Reino Unido del siglo XIX y los Estados Unidos del siglo XX. Siempre habrá, por los ciclos de Kondratieff y los ciclos hegemónicos, un movimiento de reposicionamiento de los Estados en la zona central, periférica o semiperiférica. El ciclo Kondratieff, según Wallerstein, comenzó a finales de la Segunda Guerra Mundial y el ciclo hegemónico de los Estados Unidos comenzó hacia 1870. Wallerstein preveía que los Estados Unidos tendrían una disminución importante de su poder en los años 1990, lo que no se produjo, puesto que se asiste en la primera década del siglo XXI a su hegemonía imperial.

En cuanto a la marginalización del Sur, Wallerstein considera que con la eliminación de la esperanza de un desarrollo nacional, el Sur reaccionará rechazando la cultura del sistema-mundo, con migraciones masivas ilegales y con desafíos militares directos, lo que permite esperar una bifurcación que nos conducirá al final de este sistema y a un nuevo orden salido del caos del que es imposible intrínsecamente prever los contornos. (VIEIRA POSADA, 2005)

NEORREALISMO E INTERGUBERNAMENTALISMO

La escena mundial a finales de la década del setenta permitió el surgimiento de nuevas corrientes que ubicaban nuevamente a los estados como centros de la discusión. Así, el neorrealismo, con autores como Kenneth Waltz quien afirmó que el elemento que permitía a los estados estabilidad en un sistema anárquico como es el sistema internacional, era la estructura de los estados (neorrealismo estructural) a través de diversas formas de equilibrio del poder, donde el interés nacional de un Estado se deriva únicamente de su posición en el sistema internacional, con jerarquías de Estados más fuertes que otros, lo que se traducía en la existencia de un mundo bipolar de dos superpotencias que lo controlaban en ese momento de la historia. (Waltz, 1979)

El realismo clásico no encontraba interés en el fenómeno de la integración ya que los Estados seguían siendo los actores principales en el orden global basándose en las relaciones de poder y relegando a las organizaciones internacionales a un segundo plano, ya que continuaban siendo controladas por los Estados miembros.

Sin embargo, en un mundo bipolar, esta posición no encontraba respuestas a la interrogante del papel que cumplen las instituciones comunitarias, por lo que el papel del estado sufre una reconceptualización a través de dos formas de neorrealismo, el intergubernamentalismo institucional de Stanley Hoffmann de los años ochenta y el intergubernamentalismo liberal de Andrew Moravcsik de los años noventa.

En su posición intergubernamentalista institucional, Hoffmann defiende la importancia del Estado-nación como actor en el régimen internacional, que si bien le impone limitaciones y reduce la capacidad del Estado en su acción individual, preserva su rol principal que en el nuevo orden gracias a la tolerancia de estos con las Comunidades Europeas, en la inteligencia de que las instituciones comunitarias contribuyen a la permanencia de los Estados miembros.

Sin embargo, dese una doble aproximación empírico-analítica y descriptivo-explicativa, el intergubernamentalismo va a reconocer novedades en la integración europea occidental mediante cambios reductores de la capacidad de acción y de la soberanía de los Estados, en el estilo de las instituciones y en la irreductibilidad de todas las relaciones solo poder, potencia o fuerza.

HOFFMANN SOSTIENE QUE

“El Estado-nación sobrevive, preservado por la formidable autonomía de la política, como se manifiesta en la capacidad de resistencia de los sistemas políticos, la interacción entre Estados separados y un sistema internacional único y el rol de los líderes que creen que la primacía de la high politics sobre el tipo de política gerencial del funcionalismo y en la primacía de la nación, que lucha en el mundo actual sobre cualquier nueva forma, cuyo penoso establecimiento podría requerir la propia retirada duradera de la presionante y excitante batalla diaria”

Siguiendo a aquel autor, Robert Keohane –partidario de la teoría de la interdependencia- junto a Hoffmann reconocen la conveniencia de realizar una nueva interpretación del proceso de cambio institucional en la Comunidad Europea, caracterizando la CE como organización que comparte soberanía sin cederla ni transferirla, que va más allá de una organización internacional pero más acá de una federación y que se fundamenta en la realización de negociaciones intergubernamentales como requisito previo al desbordamiento (spill over) exitoso.

Hoffmann y Keohane establecen en 1991 como hipótesis principal del cambio institucional comunitario, la de la convergencia de preferencias:

“Esta hipótesis de la convergencia de preferencias sostiene que una condición necesaria para nuevas políticas comunitarias o procedimientos decisorios más centralizados es la convergencia de preferencias de los Gobiernos sobre política económica, por razones que no resultan principalmente de políticas comunitarias previas o de las presiones de la economía política mundial”. (KEOHANE & HOFFMANN, 1991)

Por su parte, los intergubernamentalistas liberales consideran que el Estado actúa mediante actos no unitarios hacia el exterior y lo que opera es un modelo de cooperación. Andrew Moravcsik, principal exponente de esta corriente, afirma que la Unión es un “régimen intergubernamental exitoso de cooperación política negociada”. (OYARZÚN SERRANO, 2008)

Moravcsik, al analizar los tratados intergubernamentales que constituyeron la integración europea, sostiene que puede afirmarse que dicho proceso es un régimen intergubernamental exitoso diseñado para manejar la interdependencia económica mediante la coordinación de políticas negociadas mediante acciones racionales de los gobiernos, que actúan presionados por sus sociedades internas.

Partiendo de esta base va a formular el intergubernamentalismo liberal, que presupone el comportamiento racional del Estado, y donde se destaca, por un lado, el poder

y juego de los actores privados internos en la formación de las preferencias nacionales y la acción de los gobiernos –la teoría liberal– y, por el otro, el poder de los Estados, sus preferencias, estrategias y prácticas negociadoras en mutuas relaciones –la teoría intergubernamental–. El proceso de integración responde a las preferencias de los grupos de poder dentro de un Estado y a las relaciones de poder entre éstos. (MARISCAL BARASTE-GUI, 2000)

Esta teoría sostiene que el papel de las instituciones supranacionales es aceptado por los gobiernos en la medida en que sirven para alcanzar objetivos que difícilmente puedan ser alcanzados por otros medios. Si bien parecería una considerarse como una subestimación a las instituciones comunitarias, teoriza al respecto de la delegación de poder de los gobiernos a las mismas, sosteniendo que es un modelo “principal-agente” en el que los gobiernos estatales son los principales y las instituciones supranacionales meros agentes a quienes se les permite cierto grado de discrecionalidad, sin embargo “el factor exógeno fundamental que condiciona la integración es la demanda intergubernamental de ideas de políticas y no la oferta supranacional de ideas”. (MORAVCSIK, 1995)

Este autor, frente al continuo debate y a las objeciones empíricas y teóricas que debió enfrentar, elabora su obra *The choice for Europe Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, en la que analiza el proceso de integración europea y argumenta que el avance de dicho proceso responde al hecho de que existió una convergencia de las preferencias nacionales, en donde los gobiernos adoptan decisiones de acuerdo a sus propias preferencias en las negociaciones entre estados miembros y las instituciones comunitarias ofrecen garantías para el desarrollo de estas actividades.

El análisis histórico-politológico hecho por Moravcsik lo lleva sostener que el intergubernamentalismo liberal ha quedado confirmado, cuando sostiene que:

“El argumento central de este libro –el argumento intergubernamentalista liberal– sostiene que la integración europea fue una serie de adaptaciones racionales por parte de los líderes nacionales a las constricciones y oportunidades provenientes de la evolución de una economía mundial interdependiente, del poder relativo de los Estados en el sistema internacional y del potencial de las instituciones internacionales para reforzar la credibilidad de los comprometimientos interestatales. El registro histórico de las cinco negociaciones más sobresalientes en la historia de CE [...] apoya fuertemente esta conclusión.” (1995)

Al entender a la integración como una serie de elecciones racionales hecha por los líderes nacionales, confecciona un marco racionalista en el que desagrega el fenómeno a explicar en elementos. En este sentido –al revisar las cinco negociaciones sobresalientes en el proceso de construcción de la Comunidad Europea– propone tres estadios en las que el Estado es el instrumento político principal: la formación de la preferencia nacional, la negociación interestatal y la elección institucional.

El primer estadio es la formación de preferencias nacionales, las que define como “una serie ordenada y ponderada de valores puesta sobre resultados futuros sustantivos,

con frecuencia denominados estados mundo, que podrían resultar de la interacción política internacional. Este primer nivel refleja los objetivos de los grupos internos dentro del Estado, motivados por dos grandes categorías que subyacen a estas preferencias, las geopolíticas y las económicas. Las geopolíticas o ideológicas vinculan las políticas económicas con las metas políticas y militares, interesándose por las consecuencias indirectas de la integración económica. Las de política económica se interesan por las consecuencias directas, siendo la cooperación un medio para que los gobiernos reestructuren las externalidades de política económica. De estas diversas categorías de motivaciones se derivan hipótesis en competencia respecto a cinco dimensiones: variación por cuestiones y/o países; tiempo de los cambios de preferencias; consistencia política y negociación de las demandas; fracturas internas; y contenido de las deliberaciones. (MARISCAL BARASTEGUI, 2000)

El segundo estadio es la negociación interestatal. Dada la diversidad en las preferencias de los distintos estados, es necesario emprender negociaciones mediante una cooperación mutuamente beneficiosa. Para explicar los términos específicos del acuerdo, deben tenerse en cuenta dos dimensiones: eficiencia y distribución de las ganancias, diferentemente explicadas por dos teorías de la negociación distintas y en competencia. La teoría supranacional de la negociación resalta el rol de los funcionarios supranacionales suministrando información, ideas y gestión, configuradoras de los acuerdos vinculantes, dentro de un contexto transaccional de altos costos. La teoría intergubernamental de la negociación, del otro lado, se basa en la demanda social de cooperación como condicionadora de las negociaciones, en las que los gobiernos tienen información, ideas y capacidad gestora y cuyo problema central es la distribución de las ganancias, determinada por el poder relativo de cada estado. Asume tres supuestos; las negociaciones de enmienda de los tratados se realizan en un ambiente no coercitivo de votación por unanimidad; los costos de transacción de generación de información e ideas son bajos; y la distribución de beneficios refleja el poder de negociación relativo. Cada una de estas teorías genera hipótesis en competencia relativas a tres dimensiones: disponibilidad de información e ideas; proceso negociador; y eficiencia y distribución de los resultados.

El tercer estadio es la elección institucional. Una vez conseguido el acuerdo, los gobiernos nacionales deben poner en común o delegar soberanía en las instituciones comunitarias. Por esto último se entiende la toma de decisiones mediante votación no unánime, y por delegación, la toma de decisiones autónomas por las instituciones supranacionales sin intervención del voto de los Estados ni veto unilateral. Tres posibles explicaciones –ideología federalista, gestión tecnocrática y credibilidad de los compromisos– formulan diferentes hipótesis en competencia en torno a tres dimensiones –delegación y puesta en común de soberanía; fracturas y discurso internos; y forma institucional–.

Confeccionado el marco racionalista tripartito Moravcsik basa su método en tres principios. El primero, la explícita comprobación de las hipótesis en competencia deri-

vadas de las diferentes teóricas, advirtiendo la evidencia empírica que las verifica tanto como de las que las falsifica. El segundo, la desagregación de los cinco casos seleccionados a fin de multiplicar el número de observaciones acerca de las variables críticas dentro y entre los casos. Y el tercero, el uso donde sea posible y apropiado, de la evidencia confiable basada en fuentes primarias. (MORAVCSIK, 1999)

Luego de firmado el Tratado de Maastricht que define la conformación de una unión económica, monetaria y política, Moravcsik va a analizar el Tratado durante la década de los noventa, formulando su teoría del intergubernamentalismo liberal basado en el comportamiento racional del Estado, la formación de la preferencia nacional y una negociación interestatal. Entiende al intergubernamentalismo liberal como una secuencia tripartita, donde primeramente en un contexto racionalista de maximización de beneficios y minimización de costos, los gobiernos indican sus preferencias nacionales, que son confrontadas después con aquellas de los otros gobiernos en las negociaciones interestatales, para finalmente acordar una cesión de soberanía responsabilizando las instituciones supranacionales de los acuerdos obtenidos. (VIERA POSADA, 2008)

REGIONALISMO Y REGIONALISMO ABIERTO

Teniendo en cuenta lo expuesto, el abordaje del estudio del proceso de integración en la región comienza a partir del concepto del regionalismo mediante los aportes de la CEPAL.

Podemos decir que el regionalismo es definido por IBÁÑEZ como las iniciativas políticas de representantes gubernamentales para estrechar la cooperación política y económica entre Estados y actores que forman parte de una misma región. Conformarían la corriente regionalista el conjunto de proyectos políticos que surgen de la interacción entre actores gubernamentales estatales, y actores no gubernamentales estatales y transnacionales (fundamentalmente empresas nacionales, grupos de presión y empresas transnacionales).

Ello la distingue de la regionalización, a la que considera como conjunto de procesos de integración que se dan de forma efectiva en el interior de uno o varios ámbitos geográficos regionales; este fenómeno comporta la intensificación de las relaciones entre actores estatales y no estatales que forman parte de una misma las interacciones sociales, y especialmente de las interacciones económicas, lo que permite hablar de la existencia de procesos de regionalización, en los cuales subyacen tanto intereses económicos como elementos ideológico culturales". (2000)

En un contexto de cooperación internacional en materia económica, el regionalismo abierto surge como modelo de cooperación en primer lugar entre Asia y el Pacífico, luego trasladado al espacio europeo y finalmente impulsado en el contexto latinoamericano por la CEPAL, con el objetivo de que puedan celebrarse acuerdos subregionales que permitieran la apertura en la integración de los procesos de integración.

Asociado a un modelo económico neoliberal, de liberalización comercial protagonizado por las fuerzas del mercado y de las personas jurídicas privadas el regionalismo

abierto fue establecido en el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, sigla en inglés) de 1994, en el que se determinó que la apertura regional debe ser utilizada como instrumento de negociación para obtener reciprocidad de terceros países con la finalidad de permitir la expansión del contexto global sobre las económicas en desarrollo.

Dentro de este contexto, el regionalismo es considerado un fenómeno más amplio que la integración económica ya que incorpora asuntos relacionados con la cooperación y la construcción política institucional. Este modelo está caracterizado por bajos niveles de protección externa que permitirían mitigar los efectos discriminatorios para los no socios, “En ese contexto, la integración regional se configuraba como opción atractiva para promover la competitividad internacional de los países miembros, aumentar su peso negociador frente a los países industrializados, y, si esas negociaciones fallaban, por lo menos se contaría con un mercado regional ampliado”. (SANAHUJA, 1997)

EL ROL DE LA CEPAL EN LOS COMIENZOS DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), definió el regionalismo abierto como la posibilidad de conciliar las políticas de integración con las de competitividad, “reflejado en los acuerdos de integración y reforzado por la cercanía geográfica y la afinidad cultural de los países de la región” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 1994)

En sus inicios, la escuela Cepalina impulsó un proceso de integración que culminara en un área de libre comercio regional mediante un fundamento teórico propio del proceso de integración latinoamericano, basándose de las teorías que estudiaron el proceso europeo pero teniendo en cuenta el contexto de América Latina.

En los años cincuenta comienza a sistematizarse la documentación sobre el proceso de integración económica de América Latina, realizando un diagnóstico que arrojó como resultado los problemas relativos a la falta de tecnología e industrialización, y que -con fundamentación teórica en el pensamiento económico de DAVID RICARDO y ADAM SMITH- propuso un modelo de sustitución de importaciones para fomentar las producciones nacionales.

En virtud de este marco, se elaboró una propuesta para el mercado común latinoamericano que fue publicada en 1959 y donde se planteó que el mercado común debería basarse en industrias que todavía no habían sido desarrolladas para alcanzar, eventualmente, la reducción o eliminación de derechos aduaneros propios del mercado común. En palabras de TAVARES:

“la integración económica regional era concebida, en los documentos originales de la CEPAL como un vector estratégico de ruptura del cuadro entonces prevaleciente de insuficiente dinamismo y baja productividad de la economía latinoamericana, proyectándose en tres dimensiones interdependientes: la aceleración del crecimiento, la expansión y diversificación de las exportaciones y el avance de la industrialización. La

ampliación del mercado y de la base de recursos productivos, resultante de la integración, permitiría aprovechar las economías de escala y las ventajas de la especialización y complementación industrial, creando las condiciones para aumentar la productividad y dinamizar el proceso de industrialización en el conjunto de los países de la región, eje a partir del cual se expandiría el intercambio intra y extrarregional y se revitalizaría el crecimiento económico. El tratamiento preferencial a los países de menor desarrollo relativo y el establecimiento de normas de reciprocidad para la expansión de las exportaciones industriales en todos los países asegurarían, en este contexto, la reducción de las disparidades intrarregionales simultáneamente con la disminución de la brecha entre la región y los países centrales”. (1998)

Por su parte, RAUL PREBISCH fue quien desarrolló las teorías sobre el “centro-periferia” aplicado al contexto latinoamericano en una época en la que se encontraba en auge la teoría de la dependencia propia de las relaciones internacionales.

Desde este lugar, tanto PREBISCH como la CEPAL defendieron un modelo mixto en el que combinaban la sustitución de importaciones con la promoción y diversificación de exportaciones, en un proceso en el que la integración era vista como elemento fundamental para racionalizar los costos de la sustitución de importaciones.

El análisis de la CEPAL se enfocó principalmente en la necesidad de los países de remover los obstáculos internos para poder impulsar el proceso de integración. Para ello, debían producirse reformas estructurales que permitieran la expansión y la diversificación del comercio con otros países del mundo mediante el establecimiento de políticas conjuntas claras que permitieran una nueva especialización en el mercado regional ampliado.

Por otro lado, estos objetivos se encontraron con la dificultad que generaba la falta de voluntad integracionista por parte de los gobiernos y de las elites latinoamericanas, ya que este proceso conllevaba grandes reformas internas a nivel económico, social y político.

En definitiva, la CEPAL definió logró definir los aspectos positivos de fomentar la integración entre las que se encuentran “el aprovechamiento de economías de escala, la reducción de las rentas improductivas por falta de competencia, la influencia favorable en las expectativas de inversión nacional y extranjera, la reducción de costos de transacción, los efectos considerables y duraderos que la integración ejerza sobre las tasas de crecimiento de los países participantes, la incorporación del progreso técnico y la articulación productiva, liberalización comercial intrarregional a favor del proceso de especialización intra-industrial que puede inducir una mayor eficiencia y generar externalidades como resultado del empleo de fuerza de trabajo calificada, el fortalecimiento empresarial basado en diversas formas de vinculación con la inversión extranjera y el contacto más estrecho entre proveedores y usuarios; adquisición y difusión de información, capacitación y servicios financieros, elevar la producción y la productividad agrícolas, estabilidad y aumento de la inversión al elevar la eficiencia de la adopción de

decisiones en materia de política económica, emprender en forma conjunta proyectos de infraestructura, lograr un modelo de desarrollo que impulse, de manera simultánea, el crecimiento y la equidad” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 1994).

CONCLUSIONES

Existe actualmente una conceptualización eurocéntrica para interpretar las relaciones internacionales y explicar el fenómeno de la integración, como lógica consecuencia del avanzado estado de evolución en las etapas del proceso integracionista europeo. América Latina, se quedó fundamentalmente en el análisis estructuralista realizado en su momento por la teoría de la dependencia y por la concepción cepalina de desarrollo; y posteriormente la idea que es suficiente para el proceso de integración articularse en zonas de libre comercio y poniendo un freno a la evolución de aquel, olvidándose el debate teórico.

Si bien para formular su teoría del intergubernamentalismo liberal basado en el comportamiento racional del Estado, la formación de la preferencia nacional y una negociación interestatal, Moravcsik analiza el Tratado de Maastricht que define la conformación de una unión económica, monetaria y política de la Unión Europea, lo que se encontraría en un estado más avanzado que los procesos de integración del continente, desde el punto de vista del proceso integracionista, la adopción de una determinada teoría depende de variables e indicadores propios de cada bloque regional en el continente, tales como las características del origen, evolución, acuerdos de cooperación o asociación estratégica, entre otros.

Así las cosas, el origen de la UNASUR –por ejemplo- se ha dado a través de un marcado carácter intergubernamental, concretamente, la formación de preferencias nacionales a través del juego de los grupos de poder locales dentro de los Estados impulsores –Venezuela, Brasil y Argentina- y en particular las relaciones de poder entre ellos, comenzó a adquirir solidez en una etapa en la que las posiciones político-ideológicas convergieron sin mayores inconvenientes y permitieron continuar con el debate de los proyectos que habían comenzado con las Cumbres de Brasilia (2000) y de Guayaquil (2002), hasta la creación de la Comunidad Suramericana de Naciones en el año 2004. Sin embargo, no ha logrado conformarse una verdadera estructura que permita posicionarla a nivel latinoamericano.

En el caso de la CAN y el MERCOSUR –a diferencia de la UNSAUR donde prevalece el intergubernamentalismo- se evidencia la aplicación de la teoría funcionalista desde los tratados constitutivos, donde la finalidad de cada bloque se encuentra enmarcado en la cooperación y en la asociación de estados como estrategia de inserción a nivel internacional, lo que les permitió la construcción de proyectos conjuntos para alcanzar las metas propuestas planteadas en sus instrumentos de creación.

A pesar de ello, el fenómeno de la integración debe ser abordado teóricamente teniendo en cuenta la realidad socioeconómica, política y cultural de la región, y en ese contexto se intentó crear un marco interpretativo que tenga en cuenta las variables propias de la realidad regional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Currier, A. (1982). Transformación y desarrollo. La Gran tarea de la América Latina, en La obra de Prebisch en la Cepal. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, pág. 477
- Ibáñez, J. (2000). El nuevo regionalismo Latinoamericano en los años noventa. Revista electrónica de Estudios Internacionales, pág. 1-11.
- Keohane, R. & Hoffmann, S. (1991). Institutional change in Europe in the 1980s, en Keohane y Hoffmann (eds.), The new European Community. Decision making and institutional change. Boulder: Westview Press, pág. 18
- Mariscal Barastegui, N. (2000). Intergubernamentalismo y federalismo: dos aproximaciones teóricas a la integración europea. Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz. Bilbao: Thomson Reuters Aranzadi.
- Moravcsik, A. (1995). Liberal Intergovernmentalism and Integration: a Rejoinder. Journal of Common Market Studies, vol 22 N° 4, december, pág. 618
- Moravcsik, A. (1999). The choice for Europe. Social purpose and state power from Messina to Maastricht. Londres: UCL Press, pág. 85-472
- Oyarzún Serrano, L. (2008). Sobre la naturaleza de la integración regional: teorías y debates. Revista de Ciencia Política, pág. 95-113.
- Sanahuja, J. (1997). Integración regional en América Central, 1990-1997: los límites del gradualismo. América Latina Hoy, pág. 43-58.
- Tavares, M. & Gomes, G. (1998) La CEPAL y la integración económica de América Latina. Revista CEPAL, pág. 213-228.
- Vieira Posada, E. (2005). Evolución de las teorías sobre integración en el contexto de las teorías de las relaciones internacionales. Papel Político, pág. 235-290.
- Waltz, K. (1979). Theory of International Politics. New York: Random House.

LA MISERICORDIA, LA JUSTICIA Y LA REFORMA AL PROCESO CANÓNICO DE NULIDAD MATRIMONIAL

MERCY, JUSTICE AND THE REFORM OF THE CANONIAN PROCESS OF MARRIAGE NULLITY

ELIZABETH MERO SÁNCHEZ¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Las Sagradas Escrituras nos enseñaron que Dios tiene misericordia infinita y al mismo tiempo tiene una justicia perfecta, ambos conceptos podrían parecer contradictorios, la justicia es un concepto fundamental para la sociedad cuando, normalmente, se hace referencia a un orden jurídico a través del cual se aplica la ley; pero en el derecho canónico, tiene una connotación mayor, propia del fin sobrenatural de la Iglesia. “La justicia perfecta de Dios es misericordia infinita” (Francisco I, Tangente, 2016). Es propio que en este año del Jubileo extraordinario de la Misericordia, convocado por el Papa Francisco se otorgue al pueblo de Dios nuevas oportunidades de alcanzar el estado de gracia, lo que entre otras, ha conducido a la transformación del proceso de declaración de nulidad matrimonial, en consideración a las parejas separadas y en especial las divorciadas y vueltos a casar civilmente, para que puedan resolver su duda de conciencia sobre la validez o nulidad de su matrimonio, con un proceso más rápido y eficiente pero manteniéndose intacta la esencia del sacramento del matrimonio, para descubrir a la luz de la misericordia y la justicia, la verdad sobre su situación irregular, que les causa tanto sufrimiento y provoca que se sientan alejados de la Iglesia.

PALABRAS CLAVE: Nulidad matrimonial, jubileo, reforma, el proceso canónico.

RECIBIDO: 16/10/2017
ACEPTADO: 13/08/2018

CORRESPONDENCIA:
elizabeth.mero@cu.ucsg.edu.ec

ABSTRACT

“Continuous crimes” has, by disposition of Ecuadorian criminal law, a concrete impact with relationship to determining the computation of the prescription, without any other legal reference. Historically, it has served as a “wild card” to apply penalties for non-existent criminal offenses to the date of commission of an offense, stretching the time of commission, due to a supposed continuity, unity and escalation, or, to mention, without any practical significance, to crimes of successive tract (Clarifying that such a term is considered more as a *modus operandi* than as a form of self-execution, as has been defined by Tiedeman for the so-called economic crime). For this reason, it is questionable to invoke it as fundament of the application of the Comprehensive Criminal Code (with which emerges the criminal type of Mass Scam) for previous conduct, consummated under the effect of the criminal type of Scam (now repealed) and the express law that resolved the issue of the contest of infractions, in response to a few cases prior to the cessation of the activity, located in the temporary space of posteriority to the promulgation of the current Code (COIP). Doing so, violating warranty principles, could contravene a norm of care.

KEYWORDS: Continuous crimes, contest of infractions, legal asset, passive subject.

INTRODUCCIÓN

El Santo Padre en su bula *Misericordiae vultus*, con la que convocó oficialmente el Jubileo Extraordinario de la Misericordia, que inició el 8 de diciembre de 2015 y que finalizará el 20 de noviembre de este 2016¹ y destacó que no existe contraposición entre la justicia y la misericordia. El Papa Francisco I (2015) manifiesta que “La justicia por sí misma no basta y la experiencia señala que apelando solo a ella se corre el riesgo de destruirla”.

Como profesionales o estudiantes de jurisprudencia, trabajamos día a día inspirados por la justicia, desde nuestras primeras lecciones de derecho aprendimos el concepto de Ulpiano que la justicia es dar a cada uno su derecho, lo que le corresponde, entonces, ¿cómo podemos entender en nuestra mente defensora y exigente de derechos correspondientes que la justicia perfecta implica perdonar al agresor, olvidar lo pasado, desearle todo bien, y si es posible ayudarlo a que tenga un arrepentimiento sincero que purifique su alma?

¿Cómo se puede hacer para que estas realidades que, ante los ojos de un jurista, se contraponen, se puedan conciliar en una sociedad que cada día exige su bienestar individual y se basa en soluciones personales y relaciones desechables?

Esta pregunta San Juan Pablo II (1999) la aclara en su encíclica *Dives in Misericordia*, “la misericordia es el encuentro de la justicia divina con el amor: el beso dado por la misericordia a la justicia” (no.9). Pues justamente es esa misericordia de Dios que nos lleva al cumplimiento de la verdadera justicia, pero de que estamos hablando entonces, la verdadera justicia no pide la retribución de lo que hemos recibido. Es realmente el cenáculo de un amor verdadero.

Las Sagradas Escrituras nos presentan a Dios como misericordia infinita pero también como justicia perfecta. Parecerían dos realidades que se contraponen, pero no es así, porque la misericordia de Dios es lo que hace que se cumpla la verdadera justicia. Si pensamos en la administración legal de la justicia, vemos que quien se considera víctima

¹ La tradición es que se celebre un Jubileo cada 25 años, el último fue en el año 2000.

de una ofensa se dirige al juez del tribunal para pedir justicia: una justicia retributiva que inflige una pena al culpable, siguiendo el principio de que a cada uno se le da lo que se merece. Pero ese camino no lleva a la verdadera justicia porque en realidad no vence al mal, solamente lo limita. En cambio, solo respondiendo al mal con el bien se le derrota completamente. (Francisco I, 2016)

Solo respondiendo al mal con el bien se lo derrota verdaderamente, cuando confiamos en la justicia divina, la mayoría de las veces es cuando hemos agotado las formas de aplicar nuestra justicia humana sin tener el resultado deseado, entonces ante esa impotencia de no tener la justicia en nuestras manos confiamos en la justicia divina, que ella haga lo que nosotros no pudimos o que la sociedad y su marco legal no nos permitió.

Las Sagradas Escrituras nos enseñan a perdonar al que nos ofende, acercarnos a éste y hacerle reflexionar sobre el mal que nos ha causado, se apela a su conciencia, y si sobre esto podemos hacer que se arrepienta y deje de infringir el mal, estamos logrando que el agresor u ofensor sea un hombre justo, que lo que nos hizo daño deje de existir, es decir, arrancaremos el mal desde la raíz; esto en una justicia perfecta.

Esta forma de crear justicia a grandes visos no es nada fácil, pues primero implica que el perjudicado pueda perdonar al que le hizo daño. Además, que el ofensor tenga un sincero deseo de no volverlo a dañar.

Este tipo de proceso de justicia se hace con las personas a las que uno ama, a nuestros hijos, nuestro cónyuge, nuestros padres, etc. porque precisamente queremos que ellos tengan un corazón puro, junto a un proceder fecundo lleno de obras de amor y caridad, incapaces de pasar por encima de sus semejantes.

Es justamente lo que nuestro Dios, Padre de todos nosotros, hace con cada uno de sus hijos, seres imperfectos, a pesar que cada día tropiezan y vuelven a caer, nos da la oportunidad de comenzar cada día, sin importar lo egoístas, prepotentes, temerosos o desconfiados que seamos, continuamente nos invita a arrepentirnos y a volvernos seres justos. Ese es el objetivo: cambiar de vida, evitar el mal y tener la energía de seguir edificando nuestras vidas según la obra de Dios.

La justicia es la virtud moral que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido. La justicia para con Dios es llamada “la virtud de la religión”. Para con los hombres, la justicia dispone a respetar los derechos de cada uno y a establecer en las relaciones humanas la armonía que promueve la equidad respecto a las personas y al bien común. El hombre justo, evocado con frecuencia en las Sagradas Escrituras, se distingue por la rectitud habitual de sus pensamientos y de su conducta con el prójimo. (San Juan Pablo II, 1999)

La misericordia es el atributo de Dios que extiende su compasión a aquellos en necesidad. Tanto el Antiguo Testamento como el Nuevo Testamento ilustran que Dios desea mostrar su misericordia al pecador. Uno debe humildemente aceptar la misericordia; no puede ser ganada. Como Cristo ha sido misericordioso, también nosotros estamos

llamados a ejercer compasión hacia otros, perdonando -como dicen las palabras de Jesús- “setenta veces siete” (Mt 18:22).

Para entender más acerca de la misericordia, el mismo Jesús nos lo explica a través de parábolas, además y, ante todo, Él mismo personifica y encarna, la misericordia.

El contenido de la parábola del hijo pródigo nos deja una lección de justicia misericordiosa que traspasa el significado de justicia, cuando éste regresa al hogar luego de dilapidar la fortuna de su familia y su buen nombre; él debería trabajar y ganarse su sustento y poco a poco cierta cantidad de bienes materiales, debía sufrir y pagar con creces sus errores y la miseria moral en la que cayó, pero al fin y al cabo era un hijo y su padre no dejaría de considerarlo así, es fiel al amor que siente a su hijo, cuando el amor filial no humilla sino al contrario lo perdona y lo acoge en su casa. El hijo pródigo era consciente de ello y es precisamente tal conciencia lo que le muestra con claridad la dignidad pérdida y lo que le hace valorar con rectitud el puesto que podía corresponderle aún en casa de su padre. El amor no humilla, sino que revaloriza al ser humano, el que es objeto de misericordia es hallado de nuevo, gana una nueva oportunidad de comenzar (San Juan Pablo II, 1999).

La misericordia no es contraria a la justicia, porque a través de ella Dios le da al pecador la oportunidad de arrepentirse, convertirse y creer. Por supuesto añade el Papa Francisco I (2015). “eso no significa devaluar a la justicia o que no sea necesaria, por el contrario, los que cometen errores tendrán que cumplir la pena, solo que esto no es el fin sino el principio de la conversión, porque experimentamos la dulzura del perdón”, el santo padre señala que el amor es la base de la verdadera justicia. Como san Agustín decía “es más fácil que Dios contenga la ira que la misericordia”.

Pero todo esto no significa que tenemos asegurada la vida eterna solo por la misericordia, es necesario tener un profundo arrepentimiento, Dios perdona al hombre que se lo pide, pero debe tener un profundo arrepentimiento y propósito de enmienda, como cuando Jesús perdona al ladrón arrepentido (Lucas 23, 39-43). “Hay más alegría en el Cielo por un ladrón que se arrepiente que por noventa y nueve justos que no necesitan arrepentirse”. (Lucas 15, 7).

Sin embargo, la misericordia no elimina la culpa del hombre por sus pecados, ni de pedir perdón ni de su penitencia posterior. Los santos de la historia, desde los tiempos de nuestro Señor Jesucristo hasta la actualidad, han hecho grandes penitencias. Esto no significa que no existe condena para los que han pecado abiertamente, rechazando a Dios y sus semejantes; para estos existe el infierno. Jesús premia a los que actuaron misericordiosamente con los más necesitados “Bienaventurados los misericordiosos porque ellos alcanzarán misericordia”. (Mateo, 5, 7).

Este jubileo de la misericordia que finaliza en noviembre de este año es una gran oportunidad de reflexionar, tanto los creyentes como los que no lo son, en la conversión, la reconciliación, para limpiar nuestras culpas y cumplir nuestras penitencias.

Tengamos la tranquilidad de reconocer que, si no hubiera pecadores, tampoco existiría el arrepentimiento y la misericordia infinita de Dios. Si no hay pecado tampoco habría castigo ni justicia. Dios nos da misericordia en abundancia, en este jubileo extraordinario, no dejemos pasar la oportunidad de vivir plenamente el amor de Dios.

Con la finalidad de que se subraye la posición de la Iglesia, la cual me acojo totalmente, de enseñarle a sus fieles que el proceso de declaración de nulidad del matrimonio ha tenido cambios en atención a los fieles que sufren por no tener respuesta a su matrimonio. No es normal que se den estos cambios en la Iglesia, que no contrarían sus doctrinas, o por lo menos no en tan poco tiempo. Con el motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* del Papa Francisco, el proceso canónico se adapta a un mundo que necesita actualizaciones con más requerimientos.

Como dijo el mismo Papa, los tribunales son más maduros, por lo que estos procesos no necesitan tener una sentencia ratificada, puesto que basta solo con el criterio del tribunal de primera instancia para que el matrimonio sea declarado nulo. Este tema lo abordaremos más adelante, debido a que es fundamental entender su importancia, los criterios fundamentales en los cuales se basaron y, más que todo, sus resultados, saber ¿en qué posición quedamos los fieles frente a este motu proprio?

EQUIDAD CANÓNICA

El derecho canónico tiene como fin el contribuir con la misión salvífica de la Iglesia, esto es, la salvación de las almas, misión que ha sido ratificada en el concilio Vaticano II, que recalca que el romano pontífice es el pastor supremo de las almas a él confiadas, y que no hay nada que se interponga a este deber.

En derecho canónico se establece la justicia y la equidad canónica para interpretar cada caso, teniendo en cuenta sus peculiares circunstancias, pero bajo los principios de benignidad y misericordia de la Iglesia. No es criterio para interpretar los cánones del Código canónico, sino para casos de vacío legal o como criterio de interpretación de un juez, y a las sanciones canónicas, y la celeridad de formalidades judiciales tienen un valor de gran relevancia pastoral.

La actividad jurídica canónica es pastoral por su misma naturaleza. Ésta va más allá de su trascendencia siempre representa una retribución de justicia. Se debe recordar que, si bien la vida de la iglesia está regida por principios que enaltecen la caridad y la misericordia, no se pueden contraponer con la justicia, es decir, no se necesita obrar injusto para que exista un acto de caridad, en definitiva, es evidente que la misericordia no debilita la justicia.

Se puede interpretar la ley y recurrir a excepciones moderando el uso de sanciones y restricciones, siempre que esa interpretación no vaya con los parámetros de la justicia, como decía san Juan Pablo II en el referido discurso que la justicia y el derecho en estricto sentido.

EL JUEZ ECLESIAÍSTICO Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

El juez eclesiástico tiene como obligación fundamental la búsqueda de la verdad, debe estar convencido que la verdad existe a pesar de las dificultades y hasta de los temores de encontrarla, no se puede satisfacer a nadie más que a ese anhelo de llegar a la verdad de la razón de los hechos planteados. Ya lo decía san Juan Pablo II a la Rota Romana en el discurso de 2005 “es necesario resistir el miedo a la verdad, que a veces puede nacer del miedo de herir a las personas”. (San Juan Pablo II, 1990)

Esta obligación compete también al obispo, que en su iglesia particular se constituye como juez por mandato divino.

El juez debe hacer una recta interpretación de las leyes positivas. Pero las leyes positivas y las sentencias no constituyen la verdad, sino que la descubren. El magisterio eclesiástico y las leyes no pertenecen a dos realidades distintas más bien se interrelacionan a medida que la ley se apega al derecho y este a la verdad, la cual emana del magisterio de la iglesia.

En un proceso matrimonial nada debe mover más a un juez que llegar con la luz de la verdad al esclarecimiento de los hechos, no se puede declarar una nulidad donde no la hay, no se puede faltar a la verdad de esa manera, estaría incurriendo en una falsa pastoralidad o mal entendida misericordia, engañando a las partes con una sentencia de matrimonio nulo donde realmente si hay un vínculo.

Puede un juez considerando la naturaleza del proceso, o los problemas de las partes tener una consideración especial respecto a la situación de las personas, y pretender la celeridad del trámite a las particularidades, pero sin alterar el orden del proceso.

Sería oscuro que, por esas mismas condiciones difíciles de las partes, se atente declarar una nulidad cuando no existe una certeza moral de la misma, fundamentándose en la dificultad de una pareja en llevar adelante su matrimonio, puntualizando que dificultad no es imposibilidad. El juez no puede dar su fallo por la nulidad del matrimonio canónico, como una solución pastoral o un acto de misericordia, a parejas que tienen relaciones que les producen angustia, por más que insistan de diversos modos. “Los caminos que se apartan de la justicia y de la verdad acaban contribuyendo a distanciar a la gente de Dios, obteniendo así el resultado opuesto al que se buscaba de buena fe.” (San Juan Pablo II, 1990)

Las partes deben tener una actuación sincera, colaborando con todos los medios de prueba a su alcance para que esta verdad de los hechos se establecida y así tener una sentencia justa, a conciencia, sin tratar de falsear los hechos o acomodarlos a lo que piensan que es favorable para el veredicto que deseen.

Ellas tienen un legítimo derecho a conocer la verdad, en derecho matrimonial la sentencia no constituye una nulidad matrimonial, sino que la declara, entonces mal podrían las partes aceptar una sentencia falsa basada en hechos engañosos, y luego actuar como si no existió su matrimonio y parecer personas solteras cuando en realidad a conciencia saben que el proceso estuvo viciado por su falsedad. Es una situación tras-

cendentalmente moral, de duda de conciencia, cuando las partes exponen su situación, realizan su declaración bajo juramento, y se someten al veredicto de los jueces dentro del proceso de declaración de nulidad matrimonial.

Hay voces que exclaman que todo matrimonio fallido debería ser reconocido como nulo, manteniendo un proceso previo como mero trámite, pero no serían más que actos de gravedad jurídica y moral, y no constituirían solución alguna a las crisis matrimoniales, peor a la *salus animarum* (el bien de las almas) de las partes.

Cuando un juez defiende una unión válida, está defendiendo la misión que le fue confiada, defender a la familia, como célula básica de la sociedad, donde debe prevalecer la unión y bienestar de los cónyuges y la tutela de los hijos que deben formarse en ésta, para luego integrarse a la sociedad civil como fruto del amor de esta pareja, y si el juez tiene la certeza que una unión es válida, la declaración de la misma, será un acto de justicia que debe ser exigido como derecho que es y como acto de defensa de la comunidad eclesial y la sociedad secular.

No olvidemos que en caso de que no exista la certeza de la nulidad, se fallará a favor del matrimonio, basado en el principio del *favor matrimonii*, que recoge el canon 1060 del Código Canónico.

EL PROCESO MATRIMONIAL Y LA NATURALEZA PASTORAL

Toda sociedad organizada tiene un eficaz sistema judicial y procesal para poder reglar el reconocimiento de sus deberes y derechos. En la Iglesia Católica, los fieles tienen el derecho a acercarse a los tribunales eclesiales. “Sería imposible llevar almas a los cielos si se prescindiese de ese mínimo de caridad y de prudencia que consiste en el compromiso de hacer observar la ley y los derechos de todos en la Iglesia” (San Juan Pablo II, 1990).

Santo Tomás de Aquino, en su *Summa Theologiae*, concluye que “la misericordia no debilita la justicia, sino que es la perfección de justicia”. Convencidos de esto la Iglesia dispone que en todo lo referente a la aplicación de justicia, incluyendo los procesos referentes a la declaración de nulidad matrimonial sean tratados de esta forma. De manera que el proceso canónico debe ser llevado con rigor y la exigencia que el Código Canónico establece, a la luz de la razón y la ley.

Al establecerse el proceso canónico, éste tiene como fin la búsqueda de la verdad, no sería oportuno entonces que además de las consideraciones a la justicia se tengan consideraciones de índole pastoral, acaso para dar soluciones a las partes que se encuentran agobiadas con su realidad de los hechos. La actividad canónica y pastoral se unen y existen en armonía con el objetivo común de salvar a los fieles.

San Juan Pablo II en su discurso a la Rota Romana de 1994, afirma que la instrumentalización de la justicia al servicio de intereses individuales o de fórmulas pastorales, sinceras acaso, pero no basadas en la verdad, tendrá como consecuencia la creación de situaciones sociales y eclesiales de desconfianza y de sospecha, en las cuales los fieles

estarán expuestos a la tentación de ver solamente una lucha de intereses rivales, y no un esfuerzo común para vivir según el derecho y la justicia.

(San Juan Pablo II, Mercaba, 1990).

REFORMA AL PROCESO CANÓNICO DE NULIDAD MATRIMONIAL. CARTA APOSTÓLICA EN FORMA DE MOTU PROPRIO MITIS IUDX DOMINUS IESUS

Desde la institución del matrimonio como sacramento, la Iglesia ha entendido y defendido la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, y ha disciplinado adecuadamente el proceso judicial referente a su nulidad. Y como todas sus instituciones son perfectibles lo ha hecho cada vez más ajustado a su doctrina de fe, con el propósito esencial y continuo del bien de los fieles.

Imbuído en el espíritu del Jubileo de la Misericordia, el papa Francisco aprobó dos documentos para la reforma del proceso de declaración de nulidad matrimonial, el primero para las normas establecidas en el Código de derecho Canónico promulgado en 1983, y el otro relativo a las disposiciones del Código para las Iglesias Orientales, los cuales entraron en vigencia el 8 de diciembre de 2015, sin perjuicio del principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial, porque ha querido dar un regalo lleno de misericordia para los fieles laicos casados, que estén en situación irregular para que aclaren su estado, resuelvan sus dudas de conciencia y sepan si su vínculo conyugal es verdadero, o al contrario, nunca existió. Es una nueva oportunidad de acercarse a la Iglesia y de propender a la salvación de las almas, que sigue siendo el fin supremo de las instituciones de la Iglesia para tutelar el matrimonio en base en la unidad de la fe y como origen de la familia cristiana. A partir del gran número de fieles que se alejan de la Iglesia, ésta como madre se acerca a sus hijos apelando a la caridad y misericordia, y para ayudarlos que consigan una paz de conciencia acortando esa distancia moral que los separa.

Con el correr de los siglos, la Iglesia, adquiriendo una conciencia más clara en materia matrimonial de las palabras de Cristo, ha entendido y expuesto con mayor profundidad la doctrina de la indisolubilidad del sagrado vínculo conyugal, ha sistematizado las causas de nulidad del consentimiento matrimonial y ha reglamentado más adecuadamente el proceso judicial correspondiente, de modo que la disciplina eclesiástica fuera siempre más coherente con la verdad de fe profesada. (Francisco I, 2015)

En uno de los hechos más significativos durante el papado de Francisco, en la III Asamblea General extraordinaria del Sínodo de Obispos sobre la Familia, el episcopado solicitó procesos más rápidos y asequibles, el Santo Padre, con total predisposición a las necesidades, dio disposiciones, no para favorecer la nulidad de los matrimonios, sino para impulsar una reforma en el proceso de causas matrimoniales para acelerar la declaración de nulidad de un matrimonio; proceso que hasta antes de la reforma podría durar varios años, pero siguiendo la huella de sus predecesores como lo dijo el Santo Padre, tratándolo como un proceso judicial, y no un acto administrativo, precisamente para asegurar la reivindicación de la justicia y la verdad a la luz de los hechos. Así lo confirmó

a los periodistas en su viaje desde Filadelfia a Roma luego de la Jornada Mundial de la Familia en Estados Unidos en septiembre de 2015.

Y se puede decir que aquellos que piensan en el divorcio católico se equivocan, porque este último documento (*Mitis Iudex Dominus Iesus*) ha cerrado la puerta a la vía administrativa, que era la vía por la cual podía entrar el divorcio. Siempre está la vía judicial. (Francisco I, 2015)

Desde el 8 de diciembre del 2015 entró en vigencia, en la Iglesia Universal, el motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* (Señor Jesús es un Juez misericordioso) para el Código de Derecho Canónico, que contiene los cambios que se llevarán en el proceso, asegurándose una mayor rapidez del mismo, reconociendo la potestad de los obispos para juzgar.

La reforma comprende el capítulo referente “De los procesos matrimoniales”, en el libro VII parte III, Título I, los cánones del 1671 hasta el 1691 del CIC-83.

Debemos resumir a continuación, los criterios fundamentales que han guiado la reforma:

1. La introducción de la sentencia única: recordemos que el derecho canónico establecía que se necesitaba que una causa de nulidad matrimonial sea analizada por los tribunales, en instancias sucesivas, y que tengan dos sentencias conforme a la declaración de nulidad para que sea ejecutiva. La necesidad de la doble sentencia conforme fue introducida por Benedicto XIV para frenar algunos abusos, pero el papa Francisco añadió que “los procesos cambian y la jurisprudencia se mejora siempre”. Esta doble sentencia ya no será necesaria, se podrá considerar en firme con una sola sentencia a favor de la nulidad del matrimonio.
2. La constitución del juez único bajo la responsabilidad del obispo: el cual deberá ser siempre clérigo, en primera instancia, para garantizar que no haya ningún tipo de laxismo. Pero los procesos de causas de nulidad matrimonial se seguirán llevando por un colegio de tres jueces, como se hacía anteriormente, y al que se podrá seguir recurriendo. El tribunal que se conforme estará presidido por un clérigo, y podrá haber hasta dos laicos, pero se deberá tomar en cuenta la preparación, prudencia y espíritu cristiano de éstos. Así mismo, el decano del tribunal de la Rota Romana y presidente de la comisión para la simplificación de los trámites del proceso matrimonial, monseñor Pio Vito Pinto, remarcó que se debe buscar la manera de compensar económicamente a los operadores judiciales y abogados que se hacen cargo de estas causas.
3. El mismo obispo es juez: la potestad del obispo para decidir por sí solo, como pastor de su diócesis y de la porción del pueblo de Dios que le han sido confiados, y no que delegue completamente la función judicial en materia matrimonial a los tribunales de la curia, sobre todo en los casos de nulidad más evidentes o procesos breves
4. La institución de un proceso breve: aplicable en los casos que la nulidad esta sostenida por argumentos particularmente evidentes, en la que el Sumo Pontífice ha querido que el obispo sea el juez en este tipo de procesos. Pero deben existir dos condiciones. Que la petición sea propuesta con el consentimiento de ambos cónyuges, basándose

en hechos, testimonios o documentos muy precisos y contundentes que demuestren la nulidad.

5. El recurso a la sede metropolitana: como signo de la colegialidad de la Iglesia, es aconsejable que se restablezca el recurso a la sede del metropolitano, como cabeza de provincia eclesiástica.
6. Las conferencias episcopales: deben ayudar a los fieles dispersos a la ansiada conversión y respetar el derecho de los obispos a organizar su propia diócesis, impulsando la cercanía entre juez y fieles, y ayudando a poner en práctica estas reformas del proceso matrimonial.

La gratuidad de los procesos: Existe un obstáculo que se trata de salvar, y esto son las costas del proceso, el Obispo de Roma apunta a la gratuidad, porque la Iglesia se manifiesta como madre generosa para la salvación de sus hijos, pero también dice estar consiente que esta gratuidad no podrá ser implementada de inmediato, ya que cada diócesis tiene su propia realidad, confiando la organización judicial y económica de éstas a cada obispo, quienes procurarán tener en su diócesis su propio tribunal, para recuperar la cercanía entre juez y sus fieles.

7. El recurso a la sede apostólica: permanece intacto el derecho de apelación, ante el tribunal de la Rota Romana, reforzando el vínculo entre la Sede de san Pedro y las iglesias particulares siempre en comunión con Roma, como muestra de la universalidad de la Iglesia Católica.

CONCLUSIONES

Concluimos en que este motu proprio y las reformas le dan celeridad al proceso, pero no han creado nuevas causales de nulidad, el matrimonio, cuando es sacramento, es indisoluble, y nada ni nadie lo puede anular. Esto es un principio inamovible de la Iglesia, pues el matrimonio es una institución de origen divino y elevado a la calidad de sacramento por el mismo Jesucristo.

Respecto a la situación de los divorciados vueltos a casar, que viven en adulterio público y permanente, aumentando así la gravedad de su falta; o de los jóvenes que viven en uniones libre; o en las diversas situaciones que pueden darse, se ofrecerán atenciones y respuestas pastorales, con amor a la verdad y a la caridad, pero que no vayan en contra de la doctrina de la Iglesia, de la indisolubilidad y de la eucaristía, sacramento que no pueden recibir por encontrarse en una situación objetiva de pecado grave, es decir, no se admiten a la comunión no por una culpa grave, sino por el estado en que se encuentran. El matrimonio precedente continúa existiendo, por ser un sacramento indisoluble, por lo que objetivamente se encontrarían en adulterio: “tener relaciones sexuales con otras personas sería objetivamente un adulterio” (Francisco I, 2015).

La Iglesia les proporciona la ayuda necesaria a estas personas, en base a sus principios de amor, justicia y misericordia, pero no podrá disimular que su estado de vida contradice los principios de amor y unión de Cristo con su pueblo, que se actualiza en la eucaristía.

No son excluidos de la Iglesia, más bien son objeto de una especial preocupación y atención pastoral.

Con la bula *Misericordiae Vultus*, el Papa Francisco explica el significado de este año santo para que los cristianos despertemos la conciencia a veces dormida ante la pobreza, “Donde está la Iglesia debe haber evidencia de la misericordia del Padre y donde hay cristianos, cualquiera debería ser capaz de encontrar un oasis de misericordia” (Francisco I, 2015).

El Santo Padre nos recuerda que este es el momento de aceptar la invitación a la conversión y someterse a la justicia, mientras que la Iglesia ofrece misericordia, que Dios no se cansa de abrir las puertas de su corazón a los hombres, especialmente en tiempos actuales con problemas catastróficos y contradicciones, aún tenemos signos de esperanza para la bondad y ternura de Dios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Francisco I. (28 de septiembre de 2015). Aciprensa. Recuperado el 16 de abril de 2016, de Aciprensa: <https://www.aciprensa.com/noticias/el-papa-asegura-que-cerro-puerta-al-divorcio-catolico-con-reforma-de-procesos-de-nulidad-51200/>
- Francisco I. (11 de abril de 2015). Aciprensa. Recuperado el 15 de abril de 2016, de Aciprensa: <https://www.aciprensa.com/noticias/texto-completo-bula-del-papa-francisco-para-convocar-jubileo-de-la-misericordia-24882/>
- Francisco I. (15 de abril de 2015). Vatican.va. Recuperado el 16 de abril de 2016, de Vatican.va: https://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost_letters/documents/papa-francesco_bolla_20150411_misericordiae-vultus.html
- Francisco I. (15 de agosto de 2015). Vatican.va. Recuperado el 09 de abril de 2016, de Vatican.va: https://w2.vatican.va/content/francesco/es/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html
- Francisco I. (03 de febrero de 2016). Aciprensa. Recuperado el 15 de abril de 2016, de Aciprensa: <https://www.aciprensa.com/noticias/texto-catequesis-del-papa-francisco-sobre-la-justicia-perfecta-y-la-misericordia-infinita-16227/>
- Francisco I. (03 de febrero de 2016). Tan_gente. Recuperado el 20 de abril de 2016, de Tan_gente: <https://rsanzcarrera.wordpress.com/2016/02/03/papa-francisco-dios-hace-justicia-con-su-misericordia/>
- San Juan Pablo II. (1990). Mercaba. Recuperado el 11 de abril de 2016, de Mercaba: <http://www.mercaba.org/Codigo/Papa/Discurso-16.htm>
- San Juan Pablo II. (1999). *Dives in Misericordia*. Ciudad del Vaticano: Vaticano.

IMPACTO SOCIAL DE LA EPISTEMOLOGÍA DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL APLICADA AL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS: UNA APROXIMACIÓN AL CASO DE ECUADOR

SOCIAL IMPACT OF THE EPISTEMOLOGY OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE APPLIED TO THE INTERNAL LAW OF THE STATES: AN APPROACH TO THE CASE OF ECUADOR

JOHNNY ROCA DE CASTRO¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

RESUMEN

La comunidad internacional de Estados ha vivido profundos cambios que se han suscitado desde la segunda post guerra mundial, cuando fueron llamados a juicio a los responsables de la comisión de delitos atroces como son los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, y crímenes contra la paz, en tal virtud se establecieron los Tribunales de Núremberg y de Tokio para el enjuiciamiento y condena de los individuos que fueron parte de las cúpulas militares y civiles sobre los cuales recaían graves indicios de responsabilidad. Posteriormente, también se instituyeron los Tribunales para la ex Yugoslavia, y para Ruanda, para juzgar a los autores de crímenes de lesa humanidad, y de genocidio, en el orden indicado. Todos estos Tribunales de justicia contribuyeron decisivamente en las formulación de principios, normas sustantivas y garantías procedimentales que fueron fundamentales en la configuración del Estatuto de Roma que constituye el marco jurídico referencial en que sustenta su actuación la nueva Corte Penal Internacional que fue estatuida con el carácter de permanente para juzgar los crímenes internacionales de mayor impacto social, y que forman parte de la competencia material de la Corte. De cómo han influido los conocimientos epistemológicos dentro de la legislación interna de los Estados, y de cómo la ciencia y la tecnología han contribuido a la innovación y desarrollo de los principios y normas de la justicia penal internacional aplicados desde el ámbito del derecho de cada Estado, dependerá la efectiva vigencia de esos principios y normas constituyan un sistema legal efectivo en defensa de los derechos humanos y en su lucha social en contra de la impunidad.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional; Estatuto de Roma; justicia; principios y normas; conocimiento epistemológico, ciencia y tecnología.

RECIBIDO: 01/02/2018
ACEPTADO: 17/08/2018

CORRESPONDENCIA:
johnny.roca@cu.ucsg.edu.ec

ABSTRACT

The international community of states has experienced deep changes that have occurred since Post World War II, when those responsible for the commission of atrocities, such as war crimes, crimes against humanity, and crimes against peace, were brought to trial, the courts in Nuremberg and Tokyo were established for the prosecution and sentencing of the individuals that were part of the military and civil crimes over which serious indications of responsibility rested. Later, also the tribunals for the former Yugoslav were instituted, and for Rwanda, to judge perpetrators of crimes against humanity and genocide, in the order given.

All these courts have in common its character of being ad hoc, to establish new crimes, and hold the individual responsible for such crimes under international law. The construction of principles and rules of international criminal nature were built up to their materialization in the creation of the international criminal court, with universal vocation court whose performance is governed by so-called Rome statute, whose sense of independence is severely questioned from the design of its own statutes.

KEYWORDS: Criminal International Court, Statue of Rome, Justice, principles, rules, spimetological knowledge, Science, Technology, and Society.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo está enfocado a valorar con sentido crítico la institucionalidad de la justicia penal internacional en el marco jurídico del Estatuto de Roma que regula la actuación de la Corte Penal Internacional, con respecto a la necesidad que tienen los Estados miembros de la CPI de armonizar su legislación con la normativa jurídica del Estatuto.

Si bien es cierto que los principios y normas en que se fundamenta el derecho penal contemporáneo se estructuraron después de la segunda guerra mundial en circunstancias en que los Tribunales Ad hoc de Núremberg y de Tokio, tipificaron crímenes internacionales para entablar el enjuiciamiento de los responsables de la comisión de los delitos más execrables para la comunidad internacional de Estados en su conjunto, también es cierto que este derecho penal alcanza su punto de consagración recién a partir del primero de julio del año 2002 en que el Tratado de Roma entra en vigor.

Del estudio detenido de este instrumento se puede observar la dificultad que representa para la correcta administración de justicia de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional el no implementar los principios, normas sustantivas y procedimentales contenidos en el Estatuto de Roma que sirve de marco legal para una efectiva y eficaz aplicación de la justicia penal internacional.

La ausencia de las normas penales internacionales dentro de la legislación de los Estados miembros de la Corte Penal Internacional, deriva en un fracaso absoluto de las jurisdicciones nacionales de justicia, cuando a falta de las aludidas normas dejarían de juzgar las conductas punibles de determinadas personas que han violentados los derechos humanos y humanitarios, y solo sería accesible ese juzgamiento en todos los casos en que la Corte Penal Internacional aplique el principio de complementariedad.

La suscripción, ratificación y adhesión al Estatuto de Roma que le da vida a la Corte Penal Internacional obliga a los Estados miembros de este órgano supranacional a cooperar con la Corte a fin de lograr una efectiva administración de justicia, y una de las principales formas de cooperación es precisamente la adecuación de las normas de la justicia penal

internacional en el ordenamiento jurídico interno de dichos Estados, quienes tienen la primacía en el juzgamiento de los crímenes internacionales de mayor relevancia, a fin de evitar la instrumentación del mecanismo de subsidiaridad establecido por el Estatuto de Roma con el objeto de que la comisión de estos crímenes no queden en la impunidad.

En ese contexto, cabe identificar y explicar la aplicación epistemológica de principios y normas contenidas en el Estatuto de Roma para su incorporación en la legislación interna del Ecuador, tanto en el ámbito de su Constitución, como en el ámbito del cuerpo de sus leyes penales.

ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO DEL DERECHO Y SU VINCULACIÓN CON LA CIENCIA, LA TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD

Partiendo de la premisa de que la ciencia y la tecnología, por una parte; y por otra, la sociedad, vista ésta bajo la perspectiva del derecho interno, o bien vista bajo la perspectiva del derecho internacional, esto es, como comunidad internacional de Estados, constituyen un proceso de interacción continua con influencia recíproca, podemos inferir que en esa doble vía de alimentación y retroalimentación, las políticas públicas de ciencia y tecnología moldean una sociedad nacional, o internacional, al tiempo que estas sociedades también impregnan con sus principios, valores éticos y culturales, concepciones políticas y económicas, la actividad investigativa, inventiva e innovadora de la ciencia y la tecnología.

Este trabajo está orientado a la investigación científica de demostrar la hipótesis de que la administración de la justicia penal internacional expresada por medio de la institucionalización de la Corte Penal Internacional ha influido decisivamente en la incorporación de los principios, normas sustantivas y procedimentales en la legislación interna de los Estados, en particular, en el ordenamiento jurídico del Estado ecuatoriano.

En efecto, el Estatuto de Roma permite activar la jurisdicción de este Tribunal de justicia solo de manera complementaria a la justicia de los Estados Parte de éste Tratado multilateral, de modo que la primacía de la jurisdicción penal para juzgar a aquellas personas que cometieron los más execrables crímenes internacionales le corresponde a éstos Tribunales estatales, y tan solo cuando estos Tribunales no han mostrado la voluntad o la capacidad de juzgar, es aplicable el ejercicio de la jurisdicción internacional por cuenta de la Corte Penal Internacional.

Los crímenes en referencia son tan abominables y de tal naturaleza, que rebasan la exclusiva protección del derecho interno de los Estados y demandan, subsidiariamente, una participación activa de la jurisdicción internacional para juzgar a los responsables de la comisión de tales delitos que lesionan el bien jurídico tutelado por el derecho internacional, esto es, la humanidad. Pero de qué clase de crímenes internacionales estamos hablando? Nos estamos refiriendo a los delitos más graves de trascendencia internacional que ofenden a la comunidad internacional en su conjunto, son conocidos por sus categorías de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crímenes de genocidio, y crímenes de agresión.

La acción jurisdiccional de la Corte Penal Internacional tiene como objetivo fundamental administrar justicia y restaurar la paz social donde ésta se haya visto quebrantada como consecuencia de la perpetración de uno cualquiera de estos delitos, mediante el juzgamiento y sanción a sus responsables, evitando con ello que los actos en la comisión de estos delitos queden en la impunidad.

En ese contexto, y fundamentados en el presupuesto de que el conocimiento de la ciencia y la tecnología están al servicio del fortalecimiento y desarrollo de la institucionalidad del derecho, entendido éste, no como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar uno de los fines esenciales del Estado, esto es, la correcta administración de justicia, se hace necesario destacar el significativo aporte epistemológico que se efectúa a favor de la legislación de derecho interno de los Estados.

Los principios, normas sustantivas y garantistas contenidas en el articulado del Estatuto de Roma, deben ser trasvasadas al ordenamiento jurídico estatal para hacer efectivo el juzgamiento a los responsables de tales delitos, de modo que los Estados no puedan invocar la falta de norma escrita en alusión al principio de legalidad, para eximirse del juzgamiento a los criminales de los delitos internacionales que lesionan los derechos humanos y cuya protección le corresponde tanto a los Tribunales de justicia de los Estados como también de manera subsidiaria, a la Corte Penal internacional.

De no incorporarse estos principios y normas legales en la Carta constitucional de los Estados Parte del Estatuto de Roma, o bien, en los cuerpos legislativos de carácter penal de estos Estados, la consecuencia sería encontrarnos con Estados cuya administración de justicia resulte inoperante e ineficaz para ejercer la investigación, el enjuiciamiento y sanción de los responsables de esta clase de delitos.

Por esta razón los Estados signatarios y adherentes al Estatuto de Roma que crearon la Corte Penal Internacional, están en la obligación de aplicar políticas públicas de ciencia, tecnología y sociedad, para introducir los principios, valores axiológicos y normas cognitivas en su ordenamiento jurídico interno, para hacer viable de ese modo su ejercicio jurisdiccional.

Frente a ese imperativo categórico de la necesidad de implementar en el ordenamiento jurídico de los Estados las normas sustantivas del Estatuto de Roma que constituye el marco jurídico que rige la actuación de la Corte Penal Internacional de Justicia, es necesario establecer consideraciones previas.

Primero, para alcanzar este propósito, debemos entender que el derecho, por su naturaleza social es dinámico y se encuentra en constante proceso de cambio, y tiene como razón de ser, regular las conductas sociales de los sujetos a los que está destinado su aplicación, por ende, como bien hemos señalado, si ese derecho es rebasado por las nuevas realidades del pensamiento político y social, será necesario adaptarlo a esos cambios, de modo que sirva para cumplir con los fines teleológicos en el ámbito de validez en que ese derecho se desenvuelva.

Segundo, si bien el derecho es cambiante dentro de un contexto social determinado, en alguna medida también los criterios científicos que en algún momento del devenir histórico fueron considerados como verdades incontestables e inmutables, fueron modificados a partir de nuevas investigaciones y descubrimientos que desmoronaron las supuestas verdades absolutas, eso lo podemos evidenciar en distintas disciplinas de la ciencia como la física y la astronomía, cuando llegó a pensarse de que el átomo era el núcleo más pequeño de la materia, o la contradicción que la Iglesia de Roma ejerció en contra de Galileo Galilei quien sostenía la tesis heliocéntrica, toda vez que sus estudios determinaron que no era la tierra, sino el sol el eje sobre el cual orbitaban los planetas de nuestro sistema solar.

De estas consideraciones previas podemos inferir que el derecho y ciencia se interaccionan y se complementan, mantienen armonía entre sí, por un lado, el derecho es un producto cultural con enorme contenido social, y por otro, la ciencia y la tecnología sirven a la sociedad, y en eso estriba precisamente su denominador común, su íntima vinculación con la sociedad.

Para comprender mejor estas ideas, es necesario partir de un concepto elaborado de lo que es la ciencia, en criterio de Fidel Castro Díaz-Balart, “la ciencia no es solo un sistema de conceptos, proposiciones, teorías, hipótesis, etc., sino también, simultáneamente, es una forma específica de actividad social dirigida a la producción, distribución, y aplicación de los conocimientos acerca de las leyes objetivas de la naturaleza y la sociedad. Aún más, se nos presenta como una institución social, como un sistema de organizaciones científicas cuya estructura y desarrollo se encuentran estrechamente vinculados con la economía, la política, los fenómenos culturales, con las necesidades y posibilidades de la sociedad civil”¹.

En ese mismo orden de ideas, es pertinente mencionar a Mendelsohn, quien es citado por el profesor Jorge Núñez Jover, aquél sostiene que² “La ciencia es una actividad de seres humanos que actúan e interactúan, y por tanto una actividad social. Sus conocimientos, sus afirmaciones, sus técnicas han sido creadas por seres humanos y desarrollados, alimentados y compartidos entre grupos de seres humanos. Por tanto, el conocimiento científico es esencialmente conocimiento social. Como una actividad social, la ciencia es claramente un producto de una historia y de un proceso que ocurre en el tiempo y en el espacio y que involucra actores humanos. Estos actores tienen vida no solo dentro de la ciencia, sino en sociedades más amplias de las cuales son miembros”.

En razón de que la ciencia se complementa con el derecho, se manifiesta el pensamiento de Julián Bonnecase, respecto a esta disciplina. “El derecho se refiere indefectiblemente a la vida humana en sociedad: es un fenómeno social, y como tal un producto

¹ Castro Díaz-Balart, Fidel. Ciencia, Innovación y Futuro. La Habana, ediciones especiales, Instituto cubano del libro. 2001, p. 10.

² Núñez Jover, Jorge. La ciencia y la tecnología como procesos sociales, lo que la educación científica no debería olvidar. Subtítulo: progreso de la ciencia e ideal ético. <http://www.oei.es/salactsi/nunez05.htm> Consultada el 4 de septiembre del 2016. Línea 6ta. a 9na.

cultural. Por tanto, al derecho se le ha identificado con el orden social o cultural imperante. La esencia del hombre como ser social presupone forzosamente la existencia de la sociedad, y el derecho es un elemento indispensable para coordinar y regular la coexistencia y convivencia de los hombres en sociedad al imponer un cierto orden... La vida social no se concibe sin el derecho, que es una condición de su existencia, porque la vida social exige orden, y el derecho, por definición, representa el orden”³.

Si aplicamos el derecho divorciado de su fin último que es la realización de la justicia, entonces estaríamos solamente frente a una construcción formal de ese derecho por cuanto prescinde de su principio inmutable y valor axiológico a un mismo tiempo, por ello debemos distinguir claramente la diferencia resultante entre principios y normas por cuanto en el rango jerárquico éstas están subordinadas a aquellos, los cuales sirven de referente en última instancia para interpretar y aplicar las normas, y aún más, se puede y se debe recurrir a los principios en caso de existir un vacío o encontrarse una laguna en el ordenamiento jurídico.

A decir del autor Ramiro Ávila Santamaría, “los principios son normas téticas que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios”⁴.

En consideración a estos antecedentes, la Corte Penal Internacional, a decir de su Preámbulo, y con rango de principio, tiene como fin garantizar que la justicia Internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera, a fin de que los crímenes más trascendentales para la comunidad internacionales de Estados en su conjunto no queden en la impunidad, por lo que todas las conductas punibles tipificadas en el Estatuto de Roma deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas por dicha Corte supranacional dentro de los ámbitos de su competencia y jurisdicción internacional.

Siendo ese el fin, esto es, alcanzar la realización de una justicia globalizada, y de lograrse ese cometido, sería motivo suficiente para ver cristalizada la *lex ferenda* como anhelo compartido de la humanidad, de modo que aquellos crímenes más execrables que afectan a la condición humana como el bien jurídicamente tutelado por el Derecho Internacional, tales como los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, y el crimen de agresión, no queden sin castigo. Sin embargo, es de advertir que si bien es cierto que ese es el objetivo fundamental de la Corte Penal también es cierto que de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma que es el instrumento jurídico sobre el cual la Corte Penal fundamenta su actuación, ésta solo podrá actuar en

³ Bonnetcase Julien, La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. Derecho como orden social u orden jurídico, n.6 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm> Descargada el 5 de septiembre del 2016 n.16

⁴ Ávila Santamaría, Ramiro. El Neoconstitucionalismo Transformador. El estado y el derecho en la constitución de 2008. Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011. p.151.

caso de falta de voluntad o de capacidad de los Estados para juzgar los crímenes internacionales en cuestión.

Esta falta de voluntad se evidencia en todas las situaciones en que los Estados no han incorporado en su legislación nacional la tipificación de los crímenes descritos en el Estatuto de Roma, por lo que si estos crímenes no han sido tipificados en su legislación de derecho interno entonces los Tribunales estatales carecerán de competencia para dicho juzgamiento, y ante tal inoperancia de la justicia nacional los autores de tales conductas ilícitas quedarían en la impunidad a no ser que la misma Corte Penal Internacional (CPI) por iniciativa del Fiscal, o por cualquiera de los medios de remisión de situaciones previstas en el Estatuto de Roma, pueda activar la jurisdicción de la CPI.

Este deber de cooperación en virtud del principio de buena fe que obliga a los Estados suscriptores de un Tratado internacional, a actuar de modo adecuado para coadyuvar al cumplimiento de dicho Tratado de conformidad con su objeto y su fin, es el que se conlleva, (en el caso específico que vincula jurídicamente a los Estados Parte del Tratado de Roma que crea la Corte Penal Internacional), a que éstos Estados armonicen su legislación a los principios, normas sustantivas y procedimentales del Estatuto de Roma con el propósito de hacer posible el juzgamiento y sanción de todas aquellas personas que violentaren las normas de protección a los derechos humanos incurriendo en conductas calificadas como crímenes internacionales.

Ese es el desafío de la ciencia y la tecnología para el caso que nos ocupa, entendiendo que la epistemología es la ciencia que estudia el conocimiento humano y el modo en que el individuo actúa para desarrollar sus estructuras de pensamiento. A decir del filósofo sanmarquino, Dr. Marino Llanos Villajuan, citado por Carlos Alcívar Trejo⁵ “La epistemología del derecho estudia las relaciones y estructuras de la ciencia del derecho, teniendo en cuenta que el derecho es una ciencia social aplicada.”

Planteada la situación del problema, es preciso puntualizar los medios en que la ciencia y la tecnología han coadyuvado al desarrollo progresivo del derecho penal de los Estados, poniendo particular énfasis en la legislación penal ecuatoriana y sus preceptos constitucionales sobre la materia.

En efecto, si la premisa es que los Estados tienen la primacía para investigar, juzgar y sancionar aquellos crímenes internacionales que por su gravedad e impacto traspasen el umbral de tolerancia de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, por ende, deben ser consecuentes de que es su responsabilidad proceder a adecuar la legislación interna a la legislación internacional para realizar dicho juzgamiento, de otra manera, es la Corte Penal Internacional la que debe ejercer jurisdicción, congestionando su labor jurisdiccional como consecuencia de tal omisión, bajo el riesgo que de no hacerlo se contribuiría a la impunidad de tan execrables delitos.

⁵ Alcívar Trejo Carlos; Calderón Cisneros, Juan; Roca Pacheco, Ernesto. La epistemología Jurídica, su Filosofía, influencia y aplicación en el derecho ecuatoriano. Subtítulo: Relación de la epistemología con la filosofía del derecho.

La mayor parte de los Estados firmantes o adherentes al Tratado de Roma,⁶ que a la fecha sobrepasan el número de 120 Estados, si han procedido a implementar el Estatuto de Roma en su legislación interna, y el Ecuador no ha sido la excepción, de modo que aplicando los conocimientos epistemológicos del derecho, ha introducido en su ordenamiento jurídico interno los principios penales, las normas sustantivas y procedimentales contenidas en el Estatuto de Roma.

Primeramente lo hizo en su Carta Magna, en efecto, la Constitución del Ecuador que fuera aprobada mediante referéndum popular entró en vigencia en el año 2008,⁷ y en ella se incorporó la disposición contenida en el artículo 80, que textualmente dispone “Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.”

Esta disposición normativa de la Constitución del Ecuador del año 2008, no es la única que ha recibido el impacto epistemológico y/o la influencia jurídica de los principios e instituciones normativas contenidos en el Estatuto de Roma, que de por sí constituye un avance con relación a la norma constitucional sobre la misma materia constante en la Constitución del año 1998, a la que vamos a referirnos más adelante, sino que también la legislación penal ecuatoriana se ha visto beneficiada significativamente de ese impacto epistemológico en la medida que fue innovada y actualizada mediante la adaptación de las normas internacionales que constituyen un estándar en la materia. En el orden arriba indicado, vamos a revisar los cambios introducidos en virtud del aludido proceso de adaptación de la legislación internacional en el ordenamiento jurídico interno del Estado ecuatoriano.

EL IMPACTO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

El aporte que la ciencia del derecho le entrega a la sociedad se expresa en el criterio de Bunge, citado por Rodolfo Zehnder⁸, Bunge pretendiendo acercar esta disciplina a lo científico afirma que “el status epistemológico del derecho no es el de la ciencia, sino el de sociotecnología, al menos en ciernes, en tanto busca la justicia y el control social con la ayuda de parte del conocimiento colectado por los estudios sociales (la psicología social, la sociología, la economía, las ciencias políticas y la historia”.

⁶ Tratado de Roma, suscrito el 17 de julio del año 1998, entro en vigencia en 1 de julio del año 2002, Ecuador lo ratificó con fecha 5 de febrero del 2002

⁷ Carta constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449 publicado el 20 de octubre del 2008.

⁸ Zehnder, Rodolfo. ¿Es el derecho una ciencia? <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/dereciencia.htm>
Consultada el 19 de septiembre del 2016. n.4

Efectivamente, ya entrando en el análisis del impacto de la ciencia del derecho en la legislación ecuatoriana, se observa que la Constitución del Ecuador del 2008, aprobada mediante referéndum popular e inscrita en el Registro Civil el día 20 de octubre del mismo año, suple los vacíos e inexactitudes jurídicas contenidas en la Constitución de 1998 respecto al tratamiento que se da a los crímenes internacionales. Este tema estaba contemplado en el artículo 23, numeral 2, y no hacía mención alguna a los crímenes de lesa humanidad y a los crímenes de agresión, los que sí han sido considerados en la Constitución del 2008.

Es clara la disposición contenida en el artículo 80 de la vigente Constitución del Ecuador, la cual está en estricta consonancia con la letra y el espíritu del ordenamiento jurídico que rige la Corte Penal Internacional, el cual prohíbe las amnistías que se puedan otorgar a los presuntos autores de la comisión de un crimen internacional con la intención de sustraerlos de su responsabilidad penal y su consecuencia punitiva. Esta es una evidencia palpable de que varios de los principios y normas sustantivas y procedimentales del Estatuto de Roma fueron vaciadas en su contenido epistemológico en la legislación constitucional del Ecuador.

Asimismo, el referido artículo 80 de la actual Constitución del Ecuador recibió la Influencia jurídica internacional de la CPI que declara imprescriptibles a los denominados crímenes internacionales, sin que importe cuanto tiempo haya transcurrido desde el momento en que se perpetró el crimen hasta el inicio de su juzgamiento.

De igual manera, las acciones y las penas son imprescriptibles, esto es, no pierden su eficacia jurídica por el solo transcurso del tiempo, lo cual constituye un cambio fundamental respecto a la legislación existente a la fecha en que se implementó el Estatuto de Roma en la legislación nacional, puesto que antes de introducir este cambio normativo en varios Estados, sus autoridades judiciales aplicaban su legislación vigente que validaba la prescripción de las acciones y la prescripción de las penas aún para los crímenes internacionales de mayor gravedad para la comunidad internacional de Estados en su conjunto, lo cual en nada contribuía a favor de la justicia, y sólo fomentaba una suerte de impunidad garantizada, por cuanto los criminales evadían presentarse al juzgamiento, o bien, eran apoyados por las propias autoridades de gobierno que lo encubrían a través de Tribunales de justicia que evidenciaban la falta de independencia del poder ejecutivo del Estado al no llamarlos a juicio, o acaso, iniciando y sustanciando juicios simulados en base a otras normas del ordenamiento jurídico interno, bien para absolverlos, o bien para dictaminar penas más benignas contempladas en su legislación.

Lo cierto es que no hay garantía de derechos sin jueces probos e independientes⁹ que apliquen la justicia penal internacional derivada de las normas de la CPI.

Luigi Ferrajoli, refiriéndose al deber que tienen los jueces de actuar con independencia se expresa así: “Los jueces, pero también los encargados de la acusación pública, no deben

⁹ Ferrajoli, Luigi. *Derechos Fundamentales y Garantismo*. Editora Jurídica Cevallos. Quito. 2015. p.125

estar condicionados, en el ejercicio de sus funciones, por interferencias internas al orden judicial y ni siquiera por preocupaciones de carrera. Para que se satisfagan los dos fundamentos de su legitimidad los jueces deben ser, según una fórmula clásica, *sine spe et sine metu*, es decir no alimentar ni esperanzas ni temores por el mérito de sus decisiones”.

“...cualquier condicionamiento de un poder externo, por mas acreditado ética y políticamente que esté, no solamente no contribuye a alcanzar la verdad sino que para tal fin es desviante. Desde este punto de vista, el fundamento de la separación y de la independencia del poder judicial del poder político y del consenso popular es el mismo fundamento de la libertad de la ciencia y de su independencia de la política y de la religión y, más en general, de la libertad de manifestación del pensamiento, ni la una ni la otra vinculadas a cualquier tipo de dependencia o de consenso mayoritario”.

Como puede inferirse de la sola lectura de la norma constitucional, el impacto epistemológico de la normativa jurídica de la Corte Penal Internacional a la legislación constitucional del Ecuador, fue valioso en la medida de que ya no hay manera de evadir, vía amnistía, los enjuiciamientos a aquellas personas que hayan incurrido en una conducta tipificada como crimen internacional, tanto porque el Estatuto jurídico de la misma Corte no lo permite, como por cuanto la legislación ecuatoriana derogó la amnistía para este tipo de delitos. Es de resaltar, que el aporte epistemológico de la normativa jurídica de la CPI fue también determinante para implementar la imprescriptibilidad de estos crímenes internacionales en la legislación ecuatoriana dándole a esta norma rango o jerarquía constitucional. Actualmente ningún imputado podría alegar a su favor la prescripción de la acción y/o de la pena por la comisión de un delito de la naturaleza antes descrita.

En la misma línea de identificar el impacto epistemológico de los principios de la justicia penal internacional en la legislación ecuatoriana, podemos destacar el hecho de que el cargo que una persona ocupe dentro del contexto del aparato civil o militar del Estado no constituye bajo ningún concepto un eximente de su responsabilidad penal para ser juzgada por la comisión de uno, o varios delitos cuya naturaleza es de competencia de la Corte Penal Internacional, porque este principio que constituye un pilar en la normativa jurídica del Estatuto de Roma se sustenta en el principio de igualdad de las personas frente a la Ley.

Efectivamente, el fundamento de este principio ha sido adoptado por el Estatuto de Roma, el cual en sus disposiciones hace abstracción del cargo para determinar la responsabilidad penal del individuo por la perpetración de estos delitos, sin que importe si el acusado ejerce funciones como Jefe de Estado, miembro del parlamento, o es funcionario de alto nivel administrativo, o bien, si ocupa un puesto de mando en el ámbito de la jerarquía militar del Estado.

Ningún cargo dentro de la estructura organizacional del Estado, constituye un eximente de responsabilidad penal del individuo que perpetra un crimen internacional de

la categoría señalada en el Estatuto de Roma, y por lo tanto, su conducta no lo desvincula de su responsabilidad frente al Derecho Internacional aún cuando alegue a su favor la prerrogativa de la inmunidad política y/o diplomática que le reconocen las leyes internas de su Estado, o bien, los Acuerdos internacionales sobre la materia, porque este privilegio jurídico tiene su excepción puesto que no es aplicable para estos casos de responsabilidad individual por la comisión de delitos *iuris gentium*.

Este principio se subsume en la idea central de que el cargo que desempeña una persona no constituye un eximente de responsabilidad penal cuando comete un crimen internacional, o cuando ordena a un subalterno la comisión de este crimen internacional, quien por cierto, tampoco esta eximido de su responsabilidad por la comisión de un crimen internacional aún cuando haya sido ordenado por su superior jerárquico.

Este principio esgrimido en el texto del Estatuto de Roma ha impactado directamente en la normativa de la legislación ecuatoriana, y su enunciado y contenido epistemológico han sido incorporados en ella con rango constitucional. Con este aporte de la justicia penal internacional, ya no existe en el Ecuador excusa para no juzgar a los criminales internacionales en razón de las amnistías o leyes del perdón cuyo reconocimiento se les niega, lo mismo puede decirse de la prescripción de las acciones y las penas por la comisión de crímenes internacionales, ni tampoco existe eximente de responsabilidad por las inmunidades establecidas en función del cargo que desempeñan sus autores dentro del aparato organizacional del Estado.

Del mismo modo, todo el vacío e inconsistencia jurídica en este ámbito de competencia existente en la legislación penal ecuatoriana fue superado con la incorporación del conocimiento epistemológico de los principios, normas sustantivas y procedimentales contenidas en el Estatuto de Roma, (que constituye el sumun de la expresión del derecho penal internacional con contenido ético y humano), al Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, el mismo que consta publicado en el Registro Oficial No.180, del 10 de febrero del año 2014, (Órgano del Gobierno del Ecuador).

El profesor Jorge Núñez Jover al referirse a la argumentación epistemológica expresa “Pero algún otro requisito debería imponérsele desde una visión ética y humana. El progreso en la ciencia- u tecnología- debería suponer una mayor capacidad para ayudar a resolver los grandes problemas humanos, o atenuar los enormes desequilibrios que son propios del mundo de hoy.”

La descripción de los tipos penales de crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, y agresión, hacen su aparición por primera vez en el ordenamiento penal ecuatoriano mediante el Código Orgánico Integral Penal recientemente promulgado como Ley de la República. Conjuntamente con ellos, la tipificación de los delitos de etnocidio, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, persecución, apartheid, tráfico de órganos, explotación sexual de personas, prostitución forzada.

A la par de la tipificación de los delitos de más alta connotación en el ámbito internacional, el Código Orgánico Integral Penal, también ha introducido los denominados delitos contra personas y contra los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Dentro de la primera categoría están clasificados los siguientes bienes: 1) La población civil; 2) Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; 3) El personal sanitario o religioso; 4) Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; 5) Las personas que han depuesto las armas; 6) Las personas que se encuentran fuera de combate o indefensas en el conflicto armado; 7) Las personas que antes del inicio de las hostilidades, pertenecen a la categoría de apátridas o refugiados; 8) Los asilados políticos y refugiados; 9) El personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y personal asociado; y, 10) Cualquier otra persona que tenga esta condición en virtud de los Convenios I, II, III, y IV de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales. En la segunda categoría, tenemos bienes protegidos de carácter civil; los destinados a asegurar la existencia e integridad de las personas civiles, como las zonas y localidades destinadas a separarlas de objetivos militares y los bienes destinados a su supervivencia o atención; los que forman parte de una misión de mantenimiento de paz o de asistencia humanitaria; y, los destinados a la satisfacción de los derechos del buen vivir, de las personas y grupos de atención prioritaria, de las comunidades pueblos y nacionalidades de la población civil, así como los destinados al culto religioso, las artes, la ciencia o la beneficencia.

Como podemos observar, el conocimiento humano de los principios y normas del derecho penal internacional ha sido determinante para desarrollar la legislación del ordenamiento interno del Ecuador, considerando que la ciencia es un producto eminentemente social, tanto es así, que puede afirmarse que no hay derecho sin sociedad como tampoco hay sociedad sin derecho, ésta interacción entre derecho y sociedad se ve reflejada en el desarrollo progresivo del derecho, sea en la dimensión de la sociedad nacional, o en la dimensión de la sociedad internacional de ese mismo derecho.

De lo expuesto se infiere el compromiso de responsabilidad social que tienen los científicos de impulsar los conocimientos de la ciencia en beneficio de la sociedad, es ese el enfoque de Luis R. López Bombino cuando sostiene que “...la responsabilidad social se entiende como el conjunto de cualidades profesionales: morales, políticas, cívicas, así como los puntos de vista y los actos del científico encaminados al desarrollo de la ciencia y la utilización de sus resultados en beneficio de la sociedad y de la humanidad en su conjunto.”

En esa misma línea de comentar sobre la acción de la Ciencia y la Tecnología en el contexto de la sociedad internacional, el mismo autor López Bombino Luis R., refiriéndose a los problemas globales y las metas del milenio, dimensiones éticas y humanistas, dice: “Forman parte de esta problemática cuestiones que inquietan cada

vez más a la humanidad como protección del medio ambiente, la utilización racional de los recursos naturales, el abastecimiento de productos alimenticios, la búsqueda de nuevas fuentes de energía, la potencialidad del océano y del cosmos, la organización de la sanidad, las prevenciones de la guerra mundial-termonuclear, la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo de las relaciones internacionales sobre la base de la paz...”

Todo lo expuesto en el párrafo anterior, guarda congruencia con los fines de la Corte Penal, entre los que se encuentran combatir los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, como en efecto el mismo preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce que esos crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Es pertinente citar en este punto el pensamiento del profesor Jorge Nuñez Jover, quien destaca que la epistemología constituye fuente de la justicia y equidad, entre otros beneficios“, el sostiene que “Desde luego que la apropiación social del conocimiento puede, y debe, tener impactos económicos y productivos. Pero también la educación y el conocimiento pueden ser fuente de autoestima en las personas, pueden contribuir al desarrollo de la personalidad y la felicidad de los seres humanos. Pueden ser recursos esenciales para promover la auténtica democracia y niveles muy superiores de integración y participación social. La educación y el conocimiento pueden ser fuentes de cultura, justicia, equidad y solidaridad, entre otros beneficios”.

Como bien podemos inferir, la Ciencia y la Tecnología son parte de un proceso social que evoluciona y cuyas innovaciones se nutren de sus aportes precedentes, no solo aportan beneficios en las áreas de la medicina, la ingeniería genética, la agricultura, la alimentación, la preservación del medio ambiente, la actividad industrial, la educación, etc, sino que también aporta a la construcción de políticas públicas y diseño de sistemas organizacionales que permitan el desarrollo de las relaciones internacionales sobre la base de la paz que se edifica sobre la cultura, la justicia, la equidad y la solidaridad, todos éstos, elementos fundamentales que constituyen sus cimientos.

“En las condiciones actuales, el aumento de la responsabilidad social de los hombres de ciencia se ha convertido en uno de los principales factores del desarrollo del potencial científico, lo cual ha redundado en el incremento del rendimiento práctico de la ciencia, ya que el hecho mismo de hacer ciencia y tecnología implica, necesariamente, asumir un grado de responsabilidad específico.”

CONCLUSIONES

En síntesis, si lo que se busca es impartir justicia por parte de la Corte Penal Internacional, evitando que los crímenes más execrables queden en la impunidad, se ha dado un paso singularmente importante a favor de justicia penal internacional toda

vez que un número significativo de Estados ya ha incorporado a su ordenamiento jurídico interno, los principios, normas sustantivas y garantías procesales de la justicia penal internacional que se encuentran institucionalizados por el Estatuto de Roma, el mismo que le sirve de herramienta jurídica a la Corte Penal Internacional para aplicar el principio de subsidiaridad.

El impacto epistemológico ha sido de gran trascendencia para la legislación interna de los Estados que reciben esa transferencia de tecnología jurídica proveniente de la normativa legal que fundamenta y regula la actuación de la Corte Penal Internacional. El beneficio puede ser considerado como un avance cualitativo a favor de la consolidación de una aspiración mundial expresada en términos de justicia universal.

A partir de la referida transferencia tecnológica las autoridades estatales ya no podrán excusarse de la ausencia de disposiciones normativas para juzgar las conductas punibles de los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y agresión. Es deber de cada Estado juzgar estas conductas que lesionan el bien jurídicamente protegido por el Derecho Internacional, este es, la humanidad.

Una vez que el Estado del Ecuador ya ha implementado en su legislación penal los principios, normas sustantivas y procedimentales del Estatuto de Roma, ya no existen excusas baladíes ni tampoco razones jurídicas para no iniciar una investigación y enjuiciamiento a los responsables de estos crímenes internacionales que no reconocen fronteras en la violación a los derechos humanos y al derecho humanitario.

El aporte epistemológico para promover el desarrollo progresivo de la legislación ecuatoriana a partir de la incorporación de los principios, normas sustantivas y garantías del debido proceso contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ha significado un paso importante en el mejoramiento de su derecho penal interno, y al mismo tiempo, un salto a favor de sancionar aquellas conductas punibles que incurrir en violación a los derechos humanos cuyos autores pretenden blindarse en la impunidad jurídica.

RECOMENDACIONES

Ecuador si bien ha realizado un trabajo legislativo formidable para tipificar, investigar y juzgar estos crímenes internacionales todavía le queda una tarea pendiente en cuanto regular el tema de la entrega de las personas cuya comparecencia exija la Corte Penal Internacional en ejercicio de su administración de justicia, de modo que ninguna autoridad pública del Ecuador pudiera excusarse en entregar a un presunto criminal internacional solicitado por la CPI, invocando la negativa de la Constitución del Ecuador que prohíbe la extradición de sus nacionales.

Siendo como en efecto es la ciencia del derecho un proceso en construcción, más allá de los cambios que ya han sido introducidos en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, en particular en la legislación ecuatoriana, como consecuencia del aporte epistemológico de los principios y normas penales contenidas en el Estatuto de la Corte Penal

Internacional, este proceso de innovación debe ser continuo, y contemplar aspectos tales como la derogatoria del artículo 79 de la Constitución del Ecuador, el mismo que prohíbe extraditar a ecuatorianos para que respondan por un juicio penal cuando han sido requeridos formalmente por las autoridades de otro Estado. Esta norma constitucional que es de válida aplicación en todos los casos, no es aplicable cuando la solicitud de entrega o extradición es solicitada por la Corte Penal Internacional. El no extraditar a un nacional ecuatoriano en esa circunstancia afectaría gravemente el proceso de enjuiciamiento iniciado por la Corte, y entorpecería la correcta administración de justicia.

Por lo tanto, la norma constitucional del Ecuador debe armonizar con las normas establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional para ser efectiva la entrega de un ciudadano cuya conducta punible debe ser objeto de enjuiciamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcívar Trejo Carlos; Calderón Cisneros, Juan; Roca Pacheco, Ernesto. La epistemología Jurídica, su Filosofía, influencia y aplicación en el derecho ecuatoriano.
- Ávila Santamaría, Ramiro. El Neoconstitucionalismo Transformador. El estado y el derecho en la constitución de 2008. Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011. p.151.
- Bonnecase Julien, Concepciones del derecho y der pos. Campos Josmarbis.
- Carta constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449 del 20 de octubre del 2008.
- Castro Díaz-Balart, Fidel. Ciencia, Innovación y Futuro. La Habana, ediciones especiales, Instituto cubano del libro. 2001,
- Ferrajoli, Luigi. Derechos Fundamentales y Garantismo. Editora Jurídica Cevallos. Quito, 2015
- Huhler, Rainer. De Núremberg a La Haya: Los Crímenes de Derechos Humanos ante la justicia. Problemas, Avances y Perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Interaliado de Núremberg. Centro de Derechos Humanos de Núremberg-Análisis Político. 2005
- Jaimes, Amado, María Cecilia; Prieto-Sanjuán, Rafael A. Justicia y Paz; o cuando todos los caminos conducen a ¡La Haya!
- Núñez Jover, Jorge. La ciencia y la tecnología como procesos sociales: lo que la educación científica no debería olvidar.
- Núñez Jover Jorge, Montalvo Arriete Luis F y Figaredo Curiel Francisco. Pensar Ciencia, Tecnología y Sociedad. Editorial Félix Varela, La Habana, 2008.
- Odello, Marco. La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: relación entre derecho internacional y derechos nacionales.
- Tratado de Roma, suscrito el 17 de julio del año 1998, entro en vigencia en 1 de julio del año 2002, Ecuador lo ratificó con fecha 5 de febrero del 2002.
- Pásara, Luis. Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana.
- Trelles, Irene. Y Rodríguez Mirian. Universalización y cultura científica para el desarrollo social. Editorial Félix Varela, La Habana, 2008

Rosas Castañeda, Juan Antonio. El impacto de la justicia internacional: el deber de justicia penal y la relativización de la cosa juzgada, especial referencia al caso peruano.

Saavedra Alessandri, Pablo. El ius puniendi en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Trujillo Sánchez, Aníbal. El Estatuto de la CPI y su armonización con los diversos órdenes jurídicos. La CPI: La cuestión humana versus razón soberana.

Valdés Riveroll, Mariana. Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional.

Zehnder, Rodolfo. ¿Es el Derecho una Ciencia?

www.terragnjurista.com.ar/doctrina/dereciencia.htm. 2016

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA JURÍDICA

TRAYECTORIA, COBERTURA Y CONTENIDO

La Revista Jurídica es uno de los órganos de difusión científica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Tiene una periodicidad semestral. Fundada en el año 1990, publica principalmente producciones inéditas relacionadas con las más importantes áreas del Derecho. Su objetivo es difundir el conocimiento especializado que permita promover la discusión crítica en temas jurídicos relevantes. Su distribución es gratuita a nivel nacional e internacional.

El Consejo Científico de la Revista se reserva el derecho de efectuar correcciones de forma, con el propósito de asegurar una presentación uniforme. La publicación de los artículos no tiene ningún costo.

I. RECEPCIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos se recibirán en formato Microsoft Word, y en el documento deberán constar los datos personales de los autores. Como archivo complementario, deberá presentar una carta declaratoria de responsabilidad de autoría, dirigida al director de la revista, que en lo principal manifieste que es un artículo original, que no ha sido publicado en otra revista; así mismo se deberán manifestar los posibles conflictos de interés, y esté firmada por todos los autores.

II. PRESENTACIÓN

En cuanto a los datos, contenido, estructura y estilo de los originales; los autores observarán las siguientes normas para lograr una mayor eficacia en la gestión editorial:

FORMATO

CONSIDERACIONES GENERALES

Tipografía: Times New Roman tamaño 12

Interlineado: sencillo, no habrá espacios en blanco entre párrafos.

Márgenes: 2.5 cm. de margen en todos sus lados.

Extensión: máximo 20 páginas.

TABLAS Y FIGURAS

Todas las tablas o figuras deberán enumerarse en función del tipo, según su aparición en el artículo.

El texto que aparece en el interior ha de leerse con claridad.

Los títulos deben ser claros y concisos; en el caso de las figuras se situarán en su parte inferior, y en el de las tablas, en el superior.

Las tablas deben entregarse en formato editable, no como imagen.

En las tablas, cada columna debe ir encabezada por un título breve.

Las figuras deben incluirse como imagen de alta calidad y con todo el texto legible, y en un número máximo de seis.

En caso de ser necesario, las explicaciones del contenido se incluyen en notas al pie de la tabla o figura.

ABREVIATURAS

Usar solamente abreviaturas estándares; la primera vez que se usa una abreviatura debe ir precedida por el término sin abreviar, seguido de la abreviatura entre paréntesis, a menos que sea una unidad de medida internacional.

TÍTULO

Será lo más ilustrativo y conciso posible, y no debe tener más de 15 palabras.

RESUMEN

Todos los artículos se deben acompañar de un resumen que no exceda las 250 palabras, y que debe estar redactado en tiempo pasado y en tercera persona. En él deberán consignarse los procedimientos metodológicos básicos: alcance o repercusión del estudio, métodos, objetivos, población, muestras, técnicas empleadas. También los aspectos esenciales de la discusión y los principales resultados; así como unas breves conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Tras el resumen, se deben incluir de tres a cinco palabras clave o descriptores, escritas en español e inglés.

REVISIÓN DE PARES

Los artículos serán sometidos al análisis de Par(es) doble ciego afines al tema que propone el autor; el arbitraje se centrará en analizar el contenido, la coherencia, y la pertinencia de su publicación.

ESTRUCTURA

La estructura del artículo de investigación deberá corresponderse con lo establecido al respecto: introducción, materiales y métodos, discusión de resultados, conclusiones, recomendaciones (de ser necesarias estas), referencias bibliográficas.

Los artículos de revisión, comunicaciones cortas o de carácter reflexivo y ensayístico, no necesariamente se estructurarán como los anteriormente descritos, aunque

sí deberán mantener las siguientes partes: introducción, desarrollo por secciones (según el tema o los contenidos), conclusiones y referencias bibliográficas.

CONFLICTO DE INTERESES

Se hace referencia a los hechos o circunstancias que pueden influir en el juicio y la integridad de las acciones de los autores, revisores y miembros del Comité Editorial y, en consecuencia, afectar a la credibilidad de un artículo científico. Hay un potencial conflicto de intereses con independencia de que las personas consideren que dichas circunstancias no han afectado a su juicio o integridad, y en consecuencia deben declararse siempre.

Los conflictos de intereses pueden ser de diversa índole:

Laborales (persona editora o revisora que trabaja en el mismo centro donde se ha realizado el estudio);

De investigación (tener un proyecto similar a punto de ser finalizado, una colaboración cercana o un antagonismo con alguno de los autores);

Económicos (acciones o derechos sobre acciones en compañías, financiación de estudios por entidades comerciales, *sponsor*; recepción de pagos por consultoría, ponencias o pertenencia a consejos de dirección);

Morales (reparos religiosos con el aborto, la sexualidad y el fin de la vida); en general, cuestionar el pluralismo moral.

La Revista Jurídica es firme defensora de la declaración de los conflictos de intereses y diferencia tres niveles relacionados con el proceso editorial en cuanto a tales conflictos: uno relacionado con los autores; otro con los miembros del Comité

editorial, y finalmente el relacionado con los revisores de los manuscritos.

Todos los artículos que se envíen a la revista Jurídica deben ir acompañados de una declaración de los posibles conflictos de intereses de cada uno de los autores en el que deben indicar por escrito si existe alguno de estos conflictos, o si no los hubiera. Los editores podrán requerir a los autores que esta declaración de conflictos se amplíe o detalle cuando lo consideren oportuno.

PLAGIO

El plagio es un fraude científico que supone el uso de ideas, publicadas o no, de otros sin atribución de autoría, cita bibliográfica, ni permiso, presentando el trabajo como nuevo y original, más que derivado de otra fuente. Con el plagio se intenta y se consigue (si no se detecta) confundir a los lectores, y que acepten a la persona plagiadora como autora. El autoplagio es la práctica de usar partes de trabajos ya publicados por el propio autor, sin especificarlo con una referencia bibliográfica. Si los editores de la revista Jurídica detectan plagio o autoplagio, rechazarán el artículo en cuestión. Si se llegara a publicar, la dirección de la revista debe informar a las partes interesadas y publicar una retractación, facilitando todo lo posible la investigación judicial si la hubiera.

Se aplicarán los mecanismos técnicos para la detección del plagio, mediante la utilización de *software* especializado.

RESPUESTA A LOS CASOS DE FRAUDE CIENTÍFICO

La revista Jurídica se manifiesta en contra del fraude en las publicaciones científicas y está dispuesta a actuar con pertinencia, para lo cual necesita de la colaboración de

los autores y lectores. Dependiendo de la gravedad de cada caso, la revista Jurídica actuará con una gradación de acciones que pueden ir desde la advertencia a las personas autoras, la denuncia a las personas responsables legales de la institución donde trabajan los autores investigados y finalmente hasta la retractación pública del artículo, dando a conocer toda la información relevante en una nota editorial.

Los hechos potencialmente fraudulentos pueden ser deliberados, o producidos por ignorancia o premeditación. Sólo se considerará fraude los casos en que se documente acción deliberada, mala fe e intención de engañar a las personas lectoras de la revista Jurídica, incluyendo: falsificación de datos, plagio, autoría inapropiada, manipulación en el análisis de los datos, actuación inapropiada y sesgada como revisor o editor, violación de las regulaciones sobre investigación.

FE DE ERRATAS Y RETRACTACIÓN

En sección se publican correcciones tras haberse detectado errores en los artículos ya publicados o retractaciones cuando se haya advertido algún tipo de fraude en la preparación o en los resultados de una investigación incluida. En este último caso, será comunicada a los autores y a las autoridades o directivos de la institución a que pertenezcan.

Las opiniones expresadas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores y no comprometen la opinión y política científica de la Revista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las referencias bibliográficas del manuscrito deben seguir las normas de publica-

ción de la APA (Publication Manual of the American Psychological Association, 5ª o 6ª edición). Todas las referencias se insertarán en el texto (nunca a pie de página) e irán en minúscula (salvo la primera letra).

Las citas bibliográficas en el texto se harán con el apellido del autor y año de publicación (ambos entre paréntesis y separados por una coma). Si el autor forma parte de la narración se pone entre paréntesis sólo el año. Si se trata de dos autores, siempre se citan ambos. Cuando el trabajo tiene más de dos y menos de seis autores, se citan todos la primera vez, en las siguientes citas se pone sólo el apellido del primero seguido de “*et al.*” y el año, excepto que haya otro apellido igual y del mismo año, en cuyo caso se pondrá la cita completa. Para más de seis autores se cita el primero seguido de “*et al.*” y en caso de confusión se añaden los autores subsiguientes hasta que resulten bien identificados. Cuando se citan distintos autores dentro del mismo paréntesis, se ordenan alfabéticamente. Para citar trabajos del mismo autor o autores, de la misma fecha, se añaden al año las letras a, b, c, hasta donde sea necesario, repitiendo el año.

Las referencias bibliográficas alfabéticamente se ordenarán al final y atendieron a la siguiente normativa:

Para libros: Autor (apellido, coma e iniciales de nombre y punto, en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con un “&”); año (entre paréntesis) y punto; título completo en cursiva y punto; ciudad y dos puntos y editorial. Ejemplo:

Lezak, M., Howieson, D. B., & Loring, D. W. (2004). *Neuropsychological Assessment* (4th ed.). New York: Oxford University Press.

Para capítulos de libros colectivos o de actas: Autor(es); año; título del trabajo que se cita y, a continuación introducido con “In”, el o los directores, editores o compiladores (iniciales del nombre y apellido) seguido entre paréntesis de Ed., añadiendo una “s” en el caso del plural; el título del libro en cursiva y entre paréntesis la paginación del capítulo citado; la ciudad y la editorial. Ejemplo:

de Wit, H., & Mitchell, S. H. (2009). *Drug Effects on Delay Discounting*. In G. J. Madden & W. K. Bickel (Eds.), *Impulsivity: The Behavioral and Neurological Science of Discounting* (pp. 213-241). Washington, DC: American Psychological Association.

Para revistas: Autor(es); año; título del artículo; nombre completo de la revista en cursiva; Vol. en cursiva; Nº entre paréntesis sin estar separado del Vol.; y, página inicial y final. Ejemplo:

Byrne, B. M. (2008). *Testing for multigroup equivalence of a measuring instrument: A walk through the process*. *Psicothema*, 20, 872-882.

Para páginas web: Formato básico: Autor de la página. (Fecha de publicación o revisión de la página, si está disponible). Título de la página o lugar. Recuperado (Fecha de acceso), de (URL- dirección). Ejemplo:

Suñol, J. (2001). *Rejuvenecimiento facial*. Recuperado el 12 de junio de 2001 de <http://drsuno.com>.

CONTACTO E INFORMACIÓN

Casilla postal Nº 09-01-4671 Guayaquil-Ecuador

Teléfonos: +593 (4) 2209210 – 2200804 - Ext. 2634 – 2635

Correo elect.: revista.juridica@cu.ucsg.edu.ec