

# iuris

19026

REVISTA DE LA  
FACULTAD DE  
JURISPRUDENCIA,  
CIENCIAS  
POLITICAS  
Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE CUENCA

**DECANO:**

Dr. Pablo Estrella Vintimilla

**SUBDECANO:**

Dr. José Peña Ruiz

**DIRECTOR:**

Dr. Hernán Coello García

**DISEÑO GRAFICO:**

Sebastián Naranjo C.

**LEVANTAMIENTO Y DIAGRAMACION:**

Eugenia Washima



**REVISTA IURIS Nº 10**

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales  
Universidad de Cuenca  
Cuenca-Ecuador  
1997.

ISSN Nº 1390-0846

Para todo lo relacionado con esta publicación dirigirse a:  
REVISTA IURIS  
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales  
Universidad de Cuenca  
Casilla No. 168  
Fax: 835-197 - 883824  
Telfns.: 831-688 Ext. 231 — 883-824  
Cuenca-Ecuador



*Vol. 10.000*

*Legajo # 8866, Vol. 28 de 1998*

# Indice



7  
Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación  
FERNANDO M. MARIÑO

31  
Las Naciones Unidas y la defensa y promoción de los Derechos Humanos  
ALEJANDRO TEITELBAUM

47  
Una propuesta interdisciplinaria para una Sociología del Derecho "renovada"  
MARIA JOSE FARIÑAS DULCE

59  
Criminología y Derechos Humanos con relación al consumo y tráfico de drogas  
FERNANDO CHAMORRO

69  
El Derecho y otros conjuntos de normas  
PEDRO FERNANDEZ DE CORDOVA

79  
Nociones de una axiología política  
BOLIVAR AVILA

89  
Reformas al sistema judicial del Ecuador  
RAUL MOSCOSO ALVAREZ

(CONTINUA EN LA SIGUIENTE PAGINA)

101

**La responsabilidad en la información**

DANIEL ENCALADA

117

**El delito político**

JOSE PEÑA RUIZ

121

**El derecho al cuerpo**

MAX COELLAR ESPINOZA

129

**Los menores infractores**

VICTOR VANEGAS CAMPOVERDE

# Editorial



**L**a Universidad de Cuenca conmemora ciento treinta años de vida académica. También lo hace su Facultad de Jurisprudencia. Estas dos instituciones de alta cultura celebran su Año Jubilar y reciben el homenaje que el país les rinde, reconociendo una fructífera trayectoria académica al servicio de la vida, de la Ciencia, de la Cultura y el Arte.

Los ciento treinta años de vida, encuentran a la Facultad de Jurisprudencia empeñada en dar impulso a novedosos proyectos académico-culturales. Tareas nuevas comienzan a desarrollarse en el campo de la enseñanza y la investigación.

Al ritmo del avance tecnológico, nuestro Centro de Estudios ha instalado un laboratorio didáctico de Informática Jurídica que se halla al servicio de sus profesores y alumnos, y de la sociedad en general.

Se han revitalizado el Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Internacional con el fin de iniciar en los próximos meses el primer Programa de Posgrado en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.

El Instituto de Criminología y Medicina Legal, que como ente anexo a la Facultad había funcionado en forma aislada dentro del quehacer universitario, ha recibido un impulso decisivo al constituir parte integrante y principal de un proyecto multidisciplinario de investigación dentro de la Universidad de Cuenca.

La Facultad ha establecido relaciones académicas fraternas con varios centros de estudio jurídico-político internacionales y como fruto de esos vínculos ha tenido el honor y la satisfacción de recibir en sus aulas a eminentes maestros de Universidades de América y de Europa, en los últimos meses.

No ha descuidado la Facultad su afán de establecer vínculos de mutua colaboración con la Función Judicial, relaciones que darán

frutos trascendentes e inmediatos en el campo docente y en la investigación.

Una forma de dar definitivo impulso a la investigación y a la difusión, es vigorizar nuestra Revista. Este número de IURIS recoge y traduce el esfuerzo académico de nuestro Centro de Estudios. Allí están las colaboraciones de varios de sus profesores: Pedro Córdova Alvarez, Max Coellar Espinoza, Víctor Vanegas Campoverde y José Peña Ruiz.

IURIS permanentemente da cabida en sus páginas a los trabajos de sus exalumnos, publicando capítulos de tesis que por su interés y calidad merecen difusión. En esta entrega se publica un extracto de la tesis del licenciado Bolívar Avila Solano.

También ha dado IURIS una amplia y cordial acogida a las colaboraciones de tres valiosísimos amigos de la Facultad e ilustres profesores extranjeros, que comparten sus inquietudes académicas con nosotros: Alejandro Teitelbaum, María José Fariñas Dulce y Fernando M. Mariño. Una muestra de su calidad humana y científica son los trabajos que elevamos a consideración de nuestros lectores.

Se honra la Revista en publicar el material académico-científico de distinguidos profesionales del Derecho y de la Medicina. La "Transformación del Sistema Judicial del Ecuador" es el planteamiento del doctor Raúl Moscoso Alvarez. "Criminología y Derechos Humanos con relación al Consumo y Tráfico de Drogas" se intitula el artículo del doctor Fernando Chamorro. Los dos autores son profesionales ecuatorianos de renombrada calidad científica dentro y fuera del país.

El Presidente de la H. Corte Superior de Justicia del Azuay, doctor Daniel Encalada Alvarado, se adhirió al homenaje que rinde la sociedad entera a la Universidad de Cuenca y a su Facultad de Jurisprudencia colaborando con un ensayo en torno a "La Responsabilidad de la Información". Este trabajo recoge una basta experiencia del magistrado y del estudioso del Derecho.

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, no claudicará jamás en el cumplimiento de su compromiso para con el Ecuador y con la juventud. IURIS seguirá el camino trazado, con toda la pasión y el optimismo, con espíritu universitario, enfrentando la inseguridad del presente y fortaleciendo, a través de la reflexión crítica del fenómeno jurídico-político, un futuro de justicia y de paz. **R**

ENSAYO



## Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación

FERNANDO M. MARIÑO\*

1

• Como se sabe, el fenómeno fundamental en torno al que la Sociedad Internacional se estructuró desde sus orígenes en Europa a partir de los siglos XVI y XVII, fue el de la (co)existencia de una pluralidad de grupos humanos pertenecientes a una clase determinada: la de los que, cada uno en un territorio "propio", se gobernaban en la forma de Estados Soberanos, es decir entidades políticas independientes unas de otras y de cualquier otro poder, interno al propio grupo o exterior a él, y que eran capaces de mantener de hecho tal soberanía independiente y por ello de ejercer de modo exclusivo, directo e inmediato, sus poderes de gobierno sobre el conjunto de los habitantes del territorio.

\* Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Carlos III de Madrid.

El grupo humano o "cuerpo político" gobernado en forma de Estado ha recibido a lo largo de los siglos y recibe aún más de un nombre. Para Vattel "Nación" y "Estado Soberano" eran conceptos idénticos: cualquiera que fuera la especie de Gobierno de la nación, (democracia, república aristocrática o monarquía), ésta era soberana si se gobernaba por sí misma, por su propia autoridad y por sus leyes. (1)

De modo más neutro, el término "población" del Estado ha sido el tradicionalmente preferido por los escasos instrumentos internacionales que han intentado definir los elementos requeridos por el Derecho Internacional para que se pueda reconocer legítimamente, "declarándola" o "constituyéndola", la existencia de un Estado como sujeto del propio ordenamiento internacional. En efecto, el término "población" elude toda referencia a la existencia de la voluntad política colectiva sostenedora del Estado mismo y prescinde de si dicha voluntad soberana reside o no en el "pueblo".

Ahora bien, en un largo proceso histórico que arranca de la Revolución Francesa, en contra de esa "neutralidad" se ha venido abriendo camino en la práctica universal jurídica internacional contemporánea la utilización del término "legitimador" de "pueblo", cuerpo, entidad o grupo considerado progresivamente como el poseedor o depositario legítimo y exclusivo de la soberanía.

Ello ha ocurrido fundamentalmente en los dos principales contextos jurídicos en los que es relevante la consideración de la legitimación del poder del Estado: i) El propio de la

relación "exterior", referente al mantenimiento de la independencia soberana frente a terceros Estados. ii) El relativo al modo mismo de organizarse la relación "interior" entre la comunidad gobernada y su Estado y, en definitiva, progresivamente, al respeto de los derechos y libertades de los "ciudadanos" e incluso al sostenimiento de un "Estado de Derecho" y, en esa medida, de un régimen de "democracia pluralista".

2. Ambas perspectivas, "externa" e "interna", se mantienen normalmente separadas. Sin embargo se interfieren y aún se confunden cuando se considera el hecho, realmente existente, de que un "pueblo" (auto)organizado en Estado integra en su seno a otros "grupos subestatales" diferenciados, cuya reivindicación (por sectores o "representantes" determinados) del nombre y condición de "pueblo" puede estar orientada a exigir, incluso en la perspectiva del Derecho Internacional, alguna forma de autoorganización política, hasta el punto de que tales exigencias o reivindicaciones lleguen a entrar en conflicto con la soberanía del "pueblo estatal".

Cuando se quiere determinar con claridad, desde dicha perspectiva del ordenamiento internacional contemporáneo, si los diferentes grupos humanos "subestatales", con base territorial que estiman propia, poseen alguna condición jurídica y, en ese caso, cuál sea ésta, se plantean diferentes cuestiones, estrechamente entrelazadas, cuya respuesta es particularmente compleja.

En el Derecho Internacional positivo contemporáneo la respuesta a estos interrogantes proviene fundamentalmente del principio que

establece el derecho de autodeterminación de los pueblos.

La vigencia indiscutible de tal principio, comprendido particularmente en sus relaciones con los principios de respeto a la integridad territorial de los Estados y de respeto a los derechos y libertades fundamentales, es aceptada por el conjunto de los Estados como principio de Derecho Internacional general, que, por lo menos en alguna de sus expresiones normativas, es imperativo o de jus cogens y por ello inderogable por acuerdo en contrario y que, en todo caso, impone obligaciones erga omnes. Como recientemente ha señalado el Tribunal de Justicia:

"El Tribunal considera que no hay nada que observar a la afirmación de Portugal según la cual el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, tal como se ha desarrollado a partir de la Carta y de la práctica de la Organización de Naciones Unidas, es un derecho oponible erga omnes. El principio (...) ha sido reconocido por la Carta de Naciones Unidas y en la jurisprudencia del Tribunal (...); se trata de uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo". (2)

Lo cierto es que existe una tendencia en la práctica internacional contemporánea, impulsada por la acción de Naciones Unidas, a que el principio de autodeterminación comprenda bajo su ámbito simultáneamente al pueblo organizado en Estado y además, en el marco de esa autodeterminación básica o fundante, a toda una pluralidad de otros grupos humanos "subestatales" dotados ciertamente todos ellos de base territorial que estiman "propia", pero colocados en situaciones muy diferentes entre

sí: el correspondiente derecho de autodeterminación (no ya de la autodeterminación "básica", la cual corresponde únicamente al pueblo del Estado en su conjunto, sino de esa otra fundada en la básica) podría adoptar así formas distintas de la más radical consistente en decidir libremente la creación de un nuevo Estado soberano "propio". En la práctica se trata de formas de autodeterminación consistentes en la adquisición y ejercicio de la autonomía interna, incluso "de base territorial", en grado más o menos profundo.

3. La cristalización del principio de autodeterminación como norma jurídica internacional positiva se ha producido históricamente en un tortuoso proceso que, si bien arranca de la Declaración de independencia de los Estados Unidos (1776) y de la propia Revolución Francesa (1789) y pasa por la independencia de los países americanos, los procesos revolucionarios producidos en Europa desde 1848 y la desmembración de los imperios austrohúngaro y otomano, adquiere una primera formulación clara (en su aspecto o manifestación "exterior") en los "Catorce Puntos" del Presidente Wilson en su discurso al Congreso de 18 de enero de 1918, inspirado en el principio decimonónico liberal de las nacionalidades (3), y culmina en el contexto de la lucha por la descolonización de los pueblos dominados por Imperios coloniales de países de Europa Occidental, a partir de la creación de Naciones Unidas en 1945.

En efecto, es bien conocido que, como principio aplicable a los pueblos colonizados, la norma se ha formado progresivamente a lo

largo del siglo XX.

i) En primer lugar se dio forma, en etapas históricas sucesivas, a dos regímenes jurídicos convencionales: el sistema de Mandatos de la Sociedad de Naciones y el Régimen de Fideicomiso de Naciones Unidas.

Por lo que se refiere al sistema de Administración Fiduciaria, creado sobre la base del capítulo XII de la Carta de Naciones Unidas, y aplicado a los territorios aún bajo mandato y algunos otros territorios ex-colonias italianas, fue establecido abiertamente, con vistas a la libre y plena autodeterminación de los pueblos a él sometidos y efectivamente su función histórica ya ha finalizado al haberse aquellos independizado o asociado libremente con otro Estado.

ii) En segundo lugar, la Carta incluyó en su Capítulo XI una "Declaración relativa a territorios no autónomos". Su articulado inicial no permitía afirmar que el estatuto de territorio no autónomo hubiera sido concebido como transitorio en un proceso, previsto jurídicamente, hacia la autodeterminación y la independencia; pero el caso es que desde 1947 la acción de Naciones Unidas, en especial de la Asamblea General, recabando información de las potencias administradoras, admitiendo comunicaciones y peticiones de los habitantes y adoptando importantes resoluciones de principio hizo que, como indicó el Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen sobre el estatuto de Namibia:

"la evolución ulterior del Derecho Internacional respecto a los territorios no autónomos, tal como está consagrado por la Carta de las Naciones Unidas, ha (ya) hecho de la

autodeterminación un principio aplicable a todos estos territorios. (4)

Por su parte la Res 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24-10-1970 atribuyó al territorio de una colonia u otro territorio no autónomo:

"una condición jurídica y separada de la del territorio del Estado que lo administra... hasta que el pueblo de la colonia o territorio... haya ejercido su derecho de libre determinación".

Así pues, de acuerdo con este significado normativo del principio de autodeterminación, los pueblos sometidos a dominación colonial, que habitan en territorios no autónomos, tienen el derecho a elegir libremente su propia condición política a través de alguna de las formas contempladas por la Resolución 1541 (XV) y reiteradas por la citada 2625 (XXV), fundamentalmente estas tres: constituyéndose en Estado independiente, o asociándose libremente o integrándose a un Estado independiente. Esta afirmación es indiscutida y está plenamente aceptada por la Comunidad Internacional contemporánea en la que quedan efectivamente por resolver únicamente un número muy limitado de casos de descolonización incluyendo en lugar destacado los del Sahara Occidental y Timor Oriental.

Naciones Unidas se convirtió en el garante del ejercicio de ese derecho, en particular organizando referendos de autodeterminación e incluso legitimando el uso de la fuerza armada por Movimientos de Liberación en favor de la descolonización. Ahora bien, en todo este proceso "liberador", para defender la integridad territorial de los nuevos Estados, el principio del *uti possidetis* fue hecho prevalecer

sobre la posible aplicación del propio principio de autodeterminación, que de haber sido universalmente aplicado hubiera quebrado las recientes unidades territoriales, introduciendo un factor de anarquía. En ese sentido, es evidente que en el ejercicio de su derecho de autodeterminación los "pueblos" colonizados han estado constituidos por el conjunto de los habitantes de cada unidad territorial no autónoma, por más que tal conjunto estuviera compuesto por varias etnias, "pueblos indígenas" o "pueblos".

5. El principio de autodeterminación ha seguido también otras vías de evolución en el Derecho Internacional contemporáneo y su contenido jurídico positivo ha experimentado importantes desarrollos. Quizá su modificación más importante haya consistido en que llegaran a ser titulares del propio derecho de autodeterminación los pueblos ya organizados en Estado.

En verdad, ya la primera formulación del principio, implícita en la Carta de Naciones Unidas (en especial los artículos 1.2, 55 y 73b), tenía aspectos de universalidad que luego se afirmaron plenamente en la práctica y en el Derecho positivo.

El núcleo central del derecho de autodeterminación en este caso, entendido como manifestación de la "soberanía del pueblo", es el de elegir libremente, sin injerencia externa, su propia condición política, es decir, su régimen político, económico y social. Se pone así énfasis en la defensa de la autodeterminación "interior" frente a posibles intervenciones de poderes exteriores.

En efecto, los Pactos de Naciones Unidas

de 1966 sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos sociales y culturales, reconocen respectivamente en su correspondiente artículo 1º el derecho de todos los pueblos a su libre determinación.

Pero quizá la formulación general más autorizada de su contenido normativo se encuentra en el párrafo 1 de la Resolución 2625 (XXV) según el cual:

"... todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política, y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar ese derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta".

Junto a las anteriores se encuentra así mismo la realizada por el apartado VIII, párrafo 2 del Acta Final de Helsinki, aprobada por la C.S.E. y reafirmada recientemente por la 'Carta de París para una nueva Europa' de 21 de noviembre de 1990 (5). Y así mismo la Declaración de Viena (1993) que en su párrafo 2 establece: (6)

"Todos los pueblos tienen derecho a libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y procuran libremente su desarrollo económico, social y cultural".

Está claro que esta universalidad del derecho del pueblo de todo Estado a su autodeterminación se funda en la concepción de que, como elemento de principio, el Estado representa legítimamente al pueblo en su conjunto y por ello no cabe justificar la existencia de conflictos relevantes para el Derecho Internacional entre un pueblo y "su Estado" (es

decir, su "aparato de Gobierno") y muchos menos todavía de posibles subjetividades internacionales separadas que podrían pertenecer a otros grupos humanos ya integrados en el "estatal". Pero como veremos la "dimensión interior" del derecho de autodeterminación experimentaría una mayor apertura en la práctica internacional.

6. La universalización del principio significó además la inclusión dentro del propio derecho de libre determinación de elementos no estrictamente políticos.

Así, multitud de instrumentos internacionales en particular resoluciones de órganos y organismos de Naciones Unidas, algunas ya citadas como la 2625 (XXV), han establecido el derecho de todos los pueblos a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales y más en concreto su derecho al desarrollo, en este caso ciertamente para los pueblos en situación de subdesarrollo.

En cuanto a lo primero, la resolución que recibió el mayor consenso fue la 1803 (XVII) de 14-12-1962, que contiene la 'Declaración sobre la soberanía permanente sobre las riquezas y los recursos naturales'. Ahora bien, el elemento central de tal soberanía permanente del pueblo reside en el derecho a nacionalizar bienes de extranjeros, el cual deberá ejercerse por los órganos del Estado de acuerdo con el Derecho Internacional es decir, realizándose con finalidad pública, sin discriminar entre nacionales y extranjeros o entre extranjeros de diferentes procedencias y, finalmente, siendo seguida de una indemnización adecuada según las circunstancias, indemnización que podrá ser negociada por las partes en conflic-

Por lo que se refiere al "derecho de los pueblos" a su desarrollo, la terminología es fluctuante y tal expresión se encuentra junto a otras que aluden al derecho al desarrollo de Estados o incluso de la persona humana. Por ejemplo, las resoluciones 3201 (VI) y 3281 (XXIX), textos básicos del "Derecho del desarrollo" se refirieron al "derecho de todos los pueblos" únicamente en los respectivos preámbulos. Por su parte la Declaración sobre el derecho al desarrollo (Res. A.G. 41/128 de 4-12-1986) se centra en derechos de la persona aunque protege genéricamente el derecho de los pueblos a participar en el desarrollo y en sus frutos.

En realidad, como recordó en su día A. Cassese (7), los principios y normas del llamado "Derecho Internacional del Desarrollo" atribuyen obligaciones y derechos fundamentales a los Estados que son los que deben aplicarlas en beneficio de los pueblos y someterse a los correspondientes controles.

Por ello, en principio, tampoco cabe aquí referirse a unas capacidades jurídicas de los pueblos diferente de las de los Estados que los gobiernan.

7. Si volvemos a la perspectiva "exterior" del principio de autodeterminación, lo cierto es que a ninguna otra categoría de grupos humanos ha considerado la Comunidad Internacional, de modo tan consecuente como a los pueblos sometidos a dominación colonial, titulares del derecho a autodeterminarse eligiendo incluso crear un propio Estado soberano.

Ahora bien, la interacción del principio de

autodeterminación con el principio que obliga a los Estados a respetar los derechos y libertades fundamentales de la persona ha tenido por efecto que el propio principio de autodeterminación haya incluido entre sus beneficiarios en ese sentido a dos categorías de grupos humanos: por un lado a "pueblos" sometidos a dominación u ocupación "extranjera", diferente de la colonial en sentido estricto; por otro a grupos humanos deferenciados, ya integrados en un "pueblo estatal", pero cuyos miembros sean sometidos a violaciones graves de sus derechos humanos.

A) Por lo que se refiere a la primera clase de grupos humanos cabe referirse ante todo al caso del Pueblo Palestino categorizable como el de un pueblo cuyo territorio ha estado ocupado (y aún lo está parcialmente) por una Potencia extranjera (Israel), (de acuerdo con las resoluciones 2535 (XXIV), 3210 (XXIX), 3376 (XXX), etc. de la A.G.). En esa perspectiva la categoría en la que cabría encuadrar su condición es la de pueblo sometido por la fuerza a una potencia extranjera y que tiene derecho a liberarse de esa dominación ilícita alcanzando su independencia.

El pueblo palestino está consiguiendo poco a poco su plena autodeterminación, en especial tras la conclusión del acuerdo de 13-9-1993 entre Israel y la OLP y la consiguiente creación de la Autoridad Nacional Palestina con poderes de gobierno en los territorios de Gaza y Jericó el 5-5-1994 (8).

B) Por otro lado, cabe también que, en un caso determinado, concurren ciertos hechos a cuya existencia el Derecho Internacional vincula el efecto de atribuir a un "pueblo" nuevo

la titularidad del derecho de autodeterminación, incluso en su modalidad de alcanzar la independencia. Esos hechos tienen que concurrir simultáneamente del siguiente modo.

i) En primer lugar, la parte del "pueblo estatal" tomada en consideración debe presentar características propias, (la posesión de una lengua y/o religión propias y/o la pertenencia a una etnia específica), diferenciadoras del resto del "grupo estatal" o, en su caso, de los demás grupos humanos "subestatales", integrados pacíficamente en el mismo Estado. Además, el grupo humano "subestatal" diferenciado tiene que estar vinculado, por razones históricas, a un territorio determinado que considera su lugar privilegiado de habitación y en donde constituye la mayoría de la población. Finalmente, la mayoría de los integrantes del grupo "subestatal" manifiesta su voluntad de existencia y de mantenimiento de su identidad "separada", pretendiendo por ello acceder a algún nivel de autoorganización.

ii) En segundo lugar, el poder estatal "común" actuaría de modo "represor" frente a ese "grupo diferente". Tal represión, apreciable en las circunstancias de cada caso, consistiría en la violación grave y sistemática de los derechos y libertades humanas fundamentales de los miembros de ese grupo. Particularmente, se comprende, de los derechos y libertades cuyo ejercicio atañera más directamente a la afirmación de las características específicas de los miembros del grupo: religión, lengua y cultura u otros.

Dándose estas circunstancias, el grupo (los derechos humanos de cuyos miembros sean

así violados) adquiriría el derecho de autodeterminarse incluso alcanzando la plena independencia y creando su propio Estado.

En ese sentido debe interpretarse la referencia a contrario de la resolución 2625 (XXV), al Estado que (no) "... se conduce de conformidad con el principio de la igualdad y de la libre determinación de los pueblos y (no) está dotado de un gobierno que representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de credo, raza o color". (9)

8. El mismo fenómeno, que antes señalábamos, de la interacción entre el principio de autodeterminación y el principio que obliga a los Estados a respetar los derechos y libertades fundamentales de la persona ha tenido así mismo por efecto que el propio principio de autodeterminación haya incluido entre sus beneficiarios a grupos humanos intraestatales, pero, como ya se ha indicado, de un modo derivado o secundario respecto de la autodeterminación fundante que corresponde únicamente al pueblo estatal en su conjunto; es decir, en lo que aquí importa, sin que su forma de ejercicio incluya el derecho a crear un Estado nuevo. Ese es a mi juicio, en primer lugar, el caso de las minorías nacionales.

En efecto, si, como es sabido, las propuestas del Presidente Wilson tuvieron como uno de sus efectos la creación de un sistema de protección internacional de minorías bajo la supervisión del Consejo de la Sociedad de Naciones, lo cierto es que después de la Segunda Guerra Mundial la protección de las minorías y de las personas que las integran no fue objeto de atención por los instrumentos jurídi-

cos que sirvieron de fundamento al Nuevo Orden Internacional: ni la Carta de Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 ni la Declaración Universal de Derechos Humanos 10 de diciembre de 1948 se refirieron a ella. (10)

Pero cuando el 27 de abril de 1977 entró en vigor el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas, la Comunidad Internacional se dotó de un instrumento jurídico de alcance universal, cuyo artículo 27 obligaba a los Estados a proteger específicamente los derechos de las personas miembros de las minorías.

Además, ya en la década de 1990, finalizada la "Guerra Fría", se tomaron en la Comunidad Internacional diferentes iniciativas para adoptar nuevos y más perfeccionados instrumentos jurídicos protectores de las minorías y de las personas que las integran. Tales esfuerzos han producido textos oficiales u oficiosos, tanto en el ámbito universal cuanto en el ámbito regional europeo.

En el plano universal destaca sobre todo la aprobación de la Declaración sobre los Derechos de las Personas que pertenecen a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, por medio de la Resolución No. 47/135 de 18-12-1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Por su parte, en el ámbito regional europeo, en donde las minorías, en particular las estrictamente nacionales, tienen una presencia tan importante, cabe hacer referencia a una serie de instrumentos de naturaleza heterogénea y de relevancia desigual. Entre ellos destacan con luz propia la Convención-marco para la protección de las minorías nacio-

nales, suscrita en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 (11), y ciertos instrumentos aprobados en el marco de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE). (12)

9. La propuesta o adopción de los instrumentos citados es en su conjunto, a mi juicio, una importante prueba de que se ha formado o se está formando un consenso de la Comunidad Internacional en torno a que la existencia de una minoría, muy especialmente una "minoría nacional", constituye una situación de hecho cuya calificación escapa en principio al Estado territorial y que posee relevancia jurídica internacional. De ese modo, un Estado cualquiera no puede negar dicha relevancia aduciendo que la existencia o el trato dado por él a una minoría y/o a las personas que la integran son cuestiones que pertenecen "esencialmente" a la jurisdicción interna de los Estados; o, más presumiblemente, negándose a admitir que en su territorio existan "auténticas minorías". Por el contrario, las "minorías" en general y en particular las "minorías nacionales" son consideradas progresivamente por el conjunto de los Estados miembros de la Comunidad Internacional como entidades o grupos diferenciados cuya existencia e identidad son protegidas por el Derecho Internacional, que protege al mismo tiempo derechos de las personas que las integran.

Una minoría es un grupo humano cuyos integrantes residen en un Estado determinado del que son nacionales, alcanzando un porcentaje destacado dentro del conjunto de su población (o dentro de una región de aquél), y que poseen una identidad propia que los dife-

rencia de los integrantes de otros grupos humanos existentes dentro del mismo Estado. Los caracteres que determinan la existencia y definen la identidad de los integrantes de la minoría y por ello del propio grupo son de dos clases: i) Objetivos. La posesión de caracteres religiosos, lingüísticos o, más en general, étnico-culturales, o una combinación de los anteriores. Y, ii) Subjetivos: la voluntad del conjunto de los miembros del grupo de persistir en sus diferencias respecto al resto de la población con la que conviven y preservar así la existencia y la identidad del grupo en cuanto tal.

La clase de minorías que más nos importa desde el punto de vista del principio de libre determinación, es decir las minorías nacionales, es específica y en ella únicamente cabe a mi juicio incluir, en su caso, las minorías que reclaman pertenecer a una "nación" que no es la "única" o la "mayoritaria" del Estado en cuyo territorio habitan aquéllas; tal situación es característica de: i) Las minorías localizadas en un "territorio" que consideran "propio", estando todo él dentro del territorio de un Estado; o bien, ii) Las minorías, también "localizadas" territorialmente, pero vinculadas con una "comunidad nacional" que es la mayoritaria en un Estado vecino; y, finalmente, iii) Las minorías "localizadas" y que siendo territorialmente vecinas por incluirse en diferentes Estados fronterizos reclaman constituir una única "comunidad nacional".

Así, el término nacional señala la reivindicación por la minoría de una propia autoafirmación política frente al o a los Estados "centrales", vinculada estrechamente con la

posesión o dominio sobre "un territorio" separado.

Ahora bien, como se desprende de lo ya señalado, las minorías nacionales integradas en el conjunto del pueblo, de un Estado que sea respetuoso con los derechos humanos y representativo de tal conjunto, ejercen así también su autodeterminación en cuanto parte de esa población. Dicho de otra manera: el procedimiento a través del cual la minoría nacional elige ("autodeterminándose") una forma "propia" de organización política es el regulado para ello por el orden interno constitucional del Estado en el que está integrada la minoría. Sólo la violación grave y sistemática de los derechos humanos de los miembros de la minoría podría hacer surgir el derecho de ésta (ya considerada a estos efectos como "pueblo") a ejercer su autodeterminación al margen de los procedimientos y objetivos estrictamente de Derecho estatal interno y, por lo tanto, a "elegir" la independencia y la creación de un nuevo Estado sobre la base única del Derecho Internacional.

10. Junto a lo anterior cabe decir que, a la luz de la práctica internacional, que incluye de modo relevante los instrumentos analizados, ciertos derechos básicos de las minorías en cuanto tales pueden estar consolidándose en el ordenamiento internacional: el derecho a la existencia y el derecho al mantenimiento de la propia identidad.

La terminología que al respecto emplean los textos citados es diferente. En todo caso, del conjunto de los instrumentos se desprende claramente que la pertenencia de la minoría a una comunidad estatal implica no sólo que

aquella no podría ser protegida (o ejercer sus posibles derechos) en contra del derecho del Estado a su integridad territorial e independencia política, sino también, en general, que ella y las personas que la integran están sometidas a las normas del ordenamiento jurídico estatal de que se trate: los "derechos" de las minorías "nacionales" se deben ejercer sin desconocer los derechos del pueblo del Estado en su conjunto a su autodeterminación.

11. Por otro lado, teniendo siempre en cuenta el principio fundamental que obliga a todo Estado a respetar los derechos y libertades fundamentales de toda persona humana, si razonamos en términos de Derecho Internacional general, la protección que éste otorga a la existencia de una minoría cualquiera, significa ciertamente la imposición a los Estados de la obligación internacional de no realizar y de prohibir la realización de toda medida contra la subsistencia física de aquella y por ello de todo tipo de amenazas o prácticas genocidas como las de "limpieza étnica". Además y más específicamente incluye la prohibición de las políticas de asimilación forzada, que pueden equivaler a un verdadero "etnocidio", así como de transferencias forzadas de grupos minoritarios y de los cambios deliberados en la composición demográfica del grupo.

Así mismo, la protección de la identidad de las personas que integran las minorías y de las propias minorías se impone a los Estados como una obligación de eliminar todo obstáculo legal al desarrollo de ésta, apoyando el establecimiento y mantenimiento de las condiciones necesarias para el mismo. Según una interpretación, propia sobre todo de la "región euro-

pea", la obligación señalada impone además a los Estados el establecimiento de los medios para que, dentro del respeto a sus características diferenciales, las minorías contribuyan a la gestión de la cosa pública, especialmente de sus propios asuntos: ello **puede exigir** la concesión a la minoría de un cierto grado de autogobierno según los casos, lo que ciertamente posee mayor relevancia política en el caso de las minorías nacionales.

Más en general, cabe afirmar que la obligación de los Estados de proteger la existencia e identidad de las minorías y los derechos de las personas que las integran puede también exigir, según los casos, la adopción por el Estado de medidas especiales de "acción positiva", es decir medidas de protección especial exigibles más allá del deber de no tomar medidas contra una minoría o sus miembros por el hecho de poseer características propias y más allá del deber de adoptar las medidas necesarias simplemente para prevenir e impedir que la minoría y sus miembros sean discriminados (13) en el ejercicio de sus derechos frente al resto de los miembros de la comunidad estatal.

La atribución de "derechos" y la adopción de medidas especiales se orientan exclusivamente a la creación de condiciones que de hecho coloquen a las personas que integran las minorías en una situación de equivalencia con las condiciones disfrutadas por la mayoría en lo que se refiere utilizar su lengua, practicar su religión y cumplir sus usos y tradiciones de raíz étnica, etc.

Si bien, las medidas exigibles para cumplir esa obligación de resultado parece que deberán incluir en cualquier caso la adopción de

normas internas que sean inmediatamente aplicables por los tribunales internos y cuya aplicación produzca realmente el efecto de igualdad (14), el Derecho Internacional general no le impone a los Estados la obligación de establecer normas que atribuyan al grupo minoritario ("nacional" o no) en cuanto tal, la legitimación activa para actuar, por medio de representantes apropiados en defensa de sus derechos ante órganos internos (15), o concederle sin más una autonomía de base territorial.

En todo caso, el lenguaje empleado por los diferentes instrumentos citados es ambiguo en lo referente a atribuir derechos a las minorías nacionales en cuanto tales y ninguno de ellos contempla mecanismos o procedimientos internacionales que legitimen la acción en defensa de derechos de las minorías en cuanto tales. Dicho de otro modo, los Estados dudan en "personificar" jurídicamente a las minorías por medio de normas internacionales.

12. Entre los grupos intraestatales beneficiarios de la protección directa del Derecho Internacional se encuentran progresivamente los pueblos indígenas, cuya situación fue ignorada por las normas internacionales sobre descolonización.

En efecto, las colectividades diferenciadas constituidas por aborígenes o indígenas constituyen, a pesar de las dificultades eventuales de la distinción, grupos distintos de las "minorías étnicas" como tales y se ha planteado la exigencia de la protección internacional de derechos específicos suyos, particularmente de derechos sobre la tierra y los recursos de ella; derechos, por lo demás, protegidos ya en

diferentes grados por algunas legislaciones internas: Canadá, Australia, Bolivia, México, Venezuela, Panamá, Ecuador, Nicaragua, Suecia, Noruega y Nueva Zelanda especialmente (en Brasil la situación parece haber sufrido un retroceso últimamente).

Como es notorio, durante años Naciones Unidas ha realizado esfuerzos destinados a establecer una protección específica de los grupos indígenas en cuanto tales. (16)

Pues bien, tales esfuerzos han puesto de manifiesto la singularidad de los grupos indígenas y la necesidad de distinguirlos conceptualmente de otros grupos, con los cuales deben entrar en relación. Así, la Convención de la OIT No. 169 sobre "Pueblos indígenas en países independientes", entrada en vigor el 5-9-1991, establece de modo especialmente significativo, en su artículo 1:

1. (Que ella se aplica a): a) Pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras partes de la comunidad nacional, cuyo estatus está regulado total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o reglamentos especiales. b) Pueblos en países independientes que son considerados como indígenas porque descienden de poblaciones que habitaban el país, o una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista a colonización o el establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, al margen de su estatuto jurídico, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas, culturales o políticas.

2. La conciencia de la identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio funda-

mental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio..."

Las Partes en la Convención son responsables, con la participación de los pueblos concernidos, de desarrollar la acción necesaria para proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto a su integridad. Se establecen obligaciones en relación con la protección de las personas, instituciones, cultura y medio ambiente. Los pueblos concernidos tienen el derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo y los Gobiernos el derecho de proteger el medio ambiente de los territorios que habitan. Asimismo se prevé el reconocimiento de derechos de propiedad y posesión de los indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente. Los derechos a los recursos naturales que pertenecen a las tierras que ellos ocupan tienen así mismo que ser protegidos. Y finalmente será castigada apropiadamente toda intrusión ilícita en dichas tierras.

Nada se indica, pues en este instrumento, sobre un hipotético "derecho de autodeterminación" de los pueblos indígenas, aunque la Convención debe entenderse como un mínimo protector que no impide ni paraliza otros desarrollos normativos más profundos.

13. Por otra parte, no existe aún una versión definitiva del proyecto de "Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas" preparado por el aludido Grupo de Trabajo que trabaja en el marco de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. La importancia del Documento que en su día apruebe la Asamblea General de Naciones

Unidas está fuera de toda duda.

Ahora bien, como es bien conocido, existen todavía diferencias en torno al reconocimiento o no del "derecho de autodeterminación" en favor de los pueblos indígenas, que sólo los debates finales podrán salvar. Mientras que en una primera formulación hay referencias inequívocas a una concepción amplia del señalado derecho (17), en la versión revisada (1993) de la "Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas" preparada por el grupo de trabajo sobre Poblaciones indígenas en su 11ª sesión se establece (art. 3): "Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

Y, posteriormente, (artículo 31) que:

"Los pueblos indígenas, como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso de personas que no son miembros a su territorio, así como los medios de financiar estas funciones autónomas (18).

En todo caso, en ausencia de instrumentos internacionales convencionales aplicables, específicamente protectores de sus derechos, cabe sostener con base en principios y normas de Derecho Internacional general de los dere-

chos humanos, que no sólo las personas miembros de un pueblo indígena sino los propios pueblos indígenas son destinatarios de normas que los protegen atribuyéndoles derechos, que los Estados deben respetar, en cuanto grupos humanos objetivamente diferenciados, conscientes de sí y defensores de su identidad, tanto sobre la base de la prohibición del genocidio, del principio del respeto a los derechos humanos de sus miembros y del principio de no discriminación (incluyendo particularmente la no discriminación por motivos raciales y la prohibición específica del crimen de apartheid), como de los principios generales de justicia y equidad que pueden exigir en las circunstancias de cada caso un trato diferenciado, y una serie de medidas positivas (proporcionadas a lo razonablemente exigible) destinadas a proteger la existencia y la identidad del grupo indígena como tal.

Esas normas, sin embargo, no atribuyen a dichos pueblos la capacidad de obrar ni la legitimación procesal para defender en nombre propio sus derechos ante órganos internacionales.

Por lo demás, puesto que el respeto a la integridad territorial del Estado está establecido en todos los instrumentos internacionales pertinentes como un límite inderogable que nunca puede ser traspasado por el ejercicio de los derechos del grupo en cuanto tal (19), debe quedar claro que la reivindicación política que, en algún sentido, puedan hacer los pueblos indígenas de un hipotético derecho suyo a la autodeterminación como independencia frente al Estado, inadmisibles como tal, no tiene por qué estorbar o impedir que con toda legiti-

dad se les aplique el régimen de protección específico que les corresponde, si cumplen las condiciones requeridas por el Derecho Internacional para ello.

Pero parece claro que la autodeterminación como autonomía interna está ya contemplada como un horizonte de legítimas reivindicaciones por parte de los pueblos indígenas, sobre la base del Derecho Internacional.

14. Para terminar con estas referencias al derecho "derivado" de autodeterminación de grupos diferenciados intraestatales, cabe recordar que se ha aludido en ocasiones a la existencia de "naciones sin Estado", bien como "pueblos indígenas" determinados, bien como grupos humanos diferentes de cualquier otro y a los que el Derecho Internacional podría convertir o habría convertido ya en destinatarios del principio de autodeterminación. Sin embargo ninguna norma del Derecho Internacional general se refiere a esas entidades en cuanto diferentes de los "pueblos" titulares del derecho de autodeterminación.

En principio, el concepto de nación carece en el orden jurídico internacional de contenido porque, como ya se ha señalado, la nación en cuanto tal es el "pueblo estatal" mismo, destinatario de normas jurídicas internacionales. La nacionalidad, por su parte, es un término empleado o bien para referirse a una minoría nacional o bien para expresar simplemente el vínculo jurídico político de una persona con un Estado determinado, cuyo ordenamiento atribuye al vinculado, el "nacional", la plena subjetividad en las relaciones privadas y públicas: en ese contexto nación y Estado son también equivalentes.

En todo caso, en cuanto se admita la existencia de las "naciones sin Estado", (es decir si no constituyen "pueblos indígenas" o "minorías nacionales" o "pueblos estatales"), alguna forma de autonomía interna de tales grupos diferenciados podría venir progresivamente impuesta a los Estados por el ordenamiento internacional.

Entonces, siempre sobre la base del respeto a los derechos humanos y al principio de no discriminación, a la luz de los estándares generales de razonabilidad y proporcionalidad, un grupo diferenciado y dominante ("nación") en una parte del territorio de un Estado vería internacionalmente protegida su autonomía en lo razonable y proporcionalmente necesario para la defensa de su existencia y su identidad, bien en un sentido análogo al de las minorías nacionales, bien en un sentido más desarrollado, incluso como derecho a una propia autoorganización política.

Tales "avances" internos no son concebibles si no van acompañados simultáneamente del desarrollo de la cooperación internacional institucionalizada, concretada en las múltiples formas de Organización internacional y en sistemas de representación y defensa en su seno de los legítimos intereses de los grupos humanos diferenciados. En ese sentido, el progreso de la protección del derecho de autodeterminación en esta su perspectiva "interior" está relacionada con la configuración de sistemas y procedimientos internacionales de protección de la democracia, edificados también sobre la base del respeto al conjunto de los derechos humanos civiles y políticos relativos, en particular el ejercicio de las liber-

tades de pensamiento, expresión, reunión y asociación (20) y el derecho a tomar parte en elecciones libres, secretas y periódicas para reemplazar o confirmar a los gobernantes políticos (21).

15. Aparte de lo señalado, en las actuales condiciones de la Sociedad Internacional, no cabe excluir completamente el nacimiento de Estados nuevos por procesos no legitimados por el principio de autodeterminación. En tales supuestos, la efectividad del nuevo Estado (mantenida en el tiempo y reconocida por un número suficiente de Estados) bastaría para que aquél adquiriera la subjetividad internacional, al margen de la "legitimidad" de la lucha por la secesión. Esta, la secesión, no está prohibida por el Derecho Internacional, aunque tampoco específicamente legitimada fuera de los supuestos de "descolonización" o dominio extranjero (originario o "asimilado", según lo más arriba indicado).

Así lo señala la resolución 2625 (XXV), según una de cuyas disposiciones, ya citada anteriormente, a la luz del principio de soberanía e integridad territorial del Estado no cabe afirmar el derecho a la secesión de un "grupo humano" diferenciado (cualquiera que sea su calificación o denominación) en el seno de una comunidad estatal si, el Estado se conduce "de conformidad con el principio de igualdad y de la libre determinación de los pueblos (y está) dotado de un gobierno que representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de credo, raza o color".

La posibilidad de una "efectividad estatal" afirmada al margen del principio jurídico de

autodeterminación está aún abierta porque en una Comunidad Internacional, no organizada como entidad política sobre la base del Derecho, los procesos políticos y jurídicos fundamentales están controlados por los entes territoriales de base, es decir los Estados y, de entre éstos sobre todo por la (s) Gran(des) Potencia(s) que no operan a su vez sobre una base exenta de consideraciones al margen del Derecho estricto. Presumiblemente, un supuesto semejante se originaría por un conflicto político muy grave, incluso armado, que pusiera en peligro la paz y la seguridad internacionales. En tales casos la Comunidad internacional organizada tiende a emprender acciones de pacificación y mediación y no a tomar partido en favor del Gobierno central, salvo en los casos de "ayudas exteriores" por terceros a los "rebeldes".

Dicho lo anterior, lo cierto es que progresivamente se va desterrando de este ámbito jurídico la relevancia de la efectividad del "hecho" de la creación de un Estado nacido al margen del principio de libre determinación, es decir al margen de la manifestación libre y pacífica por el conjunto del "pueblo" del Estado afectado o por una parte del mismo pero con el consentimiento de la totalidad.

A mi juicio ninguno de los procesos de creación de Estados nuevos que han tenido lugar en Europa Central y Oriental y en Asia Central en los últimos años, contradicen esa afirmación.

Ello es evidente para todos los procesos producidos pacíficamente: la "reunificación" del pueblo alemán, la división de Checoslovaquia en los Estados de Eslovaquia y de la Repú-

blica de Chequia, la "recuperación" de la independencia por los Estados Bálticos y la "separación" consentida de los Estados nacidos del desmembramiento de la antigua Unión Soviética (agosto de 1990 a diciembre de 1991).

Pero incluso creo que ello es sostenible para el nacimiento de los Estados de Eslovenia, Croacia, Macedonia y Bosnia-Herzegovina, fruto del desmembramiento de la antigua República de Yugoslavia. Es cierto que en este caso la violencia armada ha jugado un papel fundamental en la consolidación de la nueva situación territorial. Pero el resultado final de la terrible guerra no cabe considerarlo como contrario al principio de libre determinación de un "pueblo estatal", el yugoslavo, cuya aparente existencia mayoritaria se mostró ficticia frente a tres fenómenos concomitantes: el intento del régimen serbo-montenegrino (de ideología no rupturista con el pasado comunista) de monopolizar el poder federal marginando a las demás Repúblicas de su ejercicio; la manifestación en sendos referendos de la voluntad de los "pueblos" de las diferentes Repúblicas (ex-yugoslavas) federadas, de autodeterminarse incluso alcanzando la independencia; y la acción de la Comunidad Internacional, de la Unión Europea y de algunas potencias en situación de influir en los acontecimientos de modo privilegiado (como Alemania), en el sentido de reconocer la existencia legítima de las nuevas Repúblicas como sujetos del ordenamiento internacional dentro del respeto a los derechos de las minorías nacionales y de sus miembros.

En todo caso, como indicó la Comisión de arbitraje creada por la Comunidad Europea

dentro del marco de la Conferencia de paz para Yugoslavia: "...en el actual estado de su desarrollo, el Derecho Internacional no precisa todas las consecuencias del derecho a la autodeterminación...". Y aunque carecemos de perspectiva histórica para extraer todas las consecuencias jurídicas internacionales del "caso yugoslavo" no parece que de él se desprenda un precedente en el sentido de un hipotético "derecho a la secesión", tanto más cuanto que ese "derecho" le ha sido negado a las minorías serbias de Bosnia y Croacia. Como señaló la Comisión Badinter en su Opinión No. 2: "... cualesquiera que sean las circunstancias, el derecho de autodeterminación no debe implicar cambios en las fronteras existentes en el momento de la independencia (uti possidetis juris) excepto donde los Estados afectados lo acuerden" (41)

16. La protección del derecho de autodeterminación en su perspectiva "interior", de modo que se configurara como un hipotético derecho de los pueblos a la democracia, merece una referencia especial. Ya la propia Declaración Universal de Derechos Humanos establecía (art. 21.3): "La voluntad del pueblo será la base de la autoridad del Gobierno".

En un sentido general y fundamental, el objetivo último del principio de libre determinación apunta ciertamente a **la realización de la democracia**: la autodeterminación de los pueblos es una manifestación central de la realización de la democracia. Pero tal ideal, que abarca en realidad todos los aspectos de la vida colectiva, es de difícil concreción y formulación a escala universal, no habiendo un único

modelo de democracia que el conjunto de los Estados acepte como tal.

Ciertamente democracia significa participación continuada y control permanente de la gobernación misma por el conjunto de los ciudadanos de un Estado; por lo tanto, desarrollo de procesos electorales libres y acceso a la información sobre los procesos de decisión política en condiciones de adecuada publicidad y transparencia; y así mismo, libre ejercicio de las libertades básicas y protección de todos los derechos humanos fundamentales, incluyendo progresivamente el derecho humano al desarrollo.

En todo caso, debe diferenciarse entre la realización de la democracia en el seno de cada Estado y su proyección y aplicación en el plano de las relaciones internacionales: ambos niveles tienen una evidente y esencial relación en el contexto de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, pero divergen en otros aspectos. Así por ejemplo, en el plano internacional los ideales democráticos de igualdad, participación y control de todas las personas y pueblos en las decisiones que, tomadas por poderes "exteriores", les afecten, se realizan principalmente a través de las diferentes formas y grados de la cooperación interestatal, que pueden inspirarse en mayor o menor medida en principios comunes a todos los pueblos y Estados. La cooperación internacional institucionalizada a través de organismos internacionales para así a ser un elemento fundamental de realización y reforzamiento de la democracia interna.

Cierta doctrina, entre la que destacan los análisis de T. Franck (42), ha señalado que en

un sentido limitado la democracia se está convirtiendo en un derecho de los pueblos frente a su propio Gobierno: la legitimidad de éste dependería de que consultara continuamente a su pueblo sobre las reglas y prácticas de la Gobernación.

17. Entre los avances que se encontrarían en el camino de la consagración de ese "derecho" internacional de los pueblos a la democracia estaría en primer lugar la acción de órganos de control del cumplimiento de convenios sobre derechos humanos, los cuales van precisando estándares jurídicos internacionales relativos al establecimiento y protección de los regímenes democráticos (43). O bien el hecho de que la vigilancia de procesos electorales por órganos internacionales sea una técnica cada vez más aceptada por los Estados, incluso por Estados plenamente independientes como Nicaragua, Guatemala, El Salvador o la Unión Sudafricana. O, más aún, el fenómeno de la creciente intervención de la sociedad civil, encarnada por las ONG, en procedimientos e instituciones que afectan a la conducción y al régimen de las relaciones internacionales y al control del deber internacional de respetar los derechos humanos.

Cabe desde luego afirmar que muchos gobiernos tienden a reconocer que su legitimidad depende de una expectativa normativa de la Comunidad Internacional y, por ello, que los procesos electorales no democráticos impuestos por un régimen a su pueblo son casi universalmente considerados como contrarios a normas nacientes y, en cualquier caso, no pertenecen a los asuntos de la jurisdicción exclusiva interna y por ello tanto no están al margen del

control legítimo de la Comunidad Internacional.

Pero en cualquier caso son aún muy grandes las dificultades para consagrar ese "derecho" de los pueblos a la democracia en el orden internacional a pesar de que la democracia parlamentaria formal haya adquirido (por lo menos en principio) muchos nuevos adeptos en los últimos años, entre antiguas dictaduras.

De una parte ¿Son "democráticas" las propias instituciones internacionales, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, o los sistemas de votación en determinados organismos económicos internacionales? ¿Es verdaderamente fundamental el papel de los órganos parlamentarios en los organismos internacionales de integración?

De otra parte, de ningún modo los regímenes democráticos están mejor tratados que otros, por los miembros estatales de la Comunidad Internacional, en relación con cuestiones como el reconocimiento de Estados o de gobiernos, la celebración de tratados internacionales, etc. ¿No puede decirse que es dudoso que exista un verdadero control democrático (¡ con valor universal!) de la política exterior de los Estados grandes y de la celebración de toda clase de acuerdos internacionales?

Por otro lado, ¿No exige la "democracia" que los presuntos criminales internacionales, contra la paz y contra la Humanidad, sean sometidos al juicio de tribunales competentes (internos o internacionales), que examinen su posible responsabilidad? Las dificultades que existen para ello son conocidas de todos.

Finalmente, ¿Quién controlaría y de qué

modo el respeto de ese "derecho a la democracia"? como se recordará, el Tribunal Internacional de Justicia negó a todo Estado el "derecho de intervención ideológica ni siquiera por razones de defensa del derecho al desarrollo de procesos electorales libres. El Tribunal se negó a considerar.

"... la creación de una nueva norma que abriera el camino a un derecho de intervención por un Estado contra otro sobre la base de que éste hubiera escogido una ideología o sistema político particular" (44).

¿Tendría legitimidad una "intervención" militar para cambiar el régimen (no democrático) de un país, aduciendo una "amenaza a la paz" en el sentido del artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas, siendo así que la propia democracia (entendida como pleno sometimiento al Derecho) no ha llegado completamente a Naciones Unidas, las resoluciones de cuyo Consejo de Seguridad no están sometidas a controles estrictos de legalidad?

Ninguna de las intervenciones militares decididas o autorizadas en los últimos años por el Consejo de Seguridad tras el final de la "Guerra Fría" han tenido como justificación principal (menos aún única) que el Estado "sancionado" tuviera un régimen no democrático.

Cabe así mantener esa afirmación para la acción internacional contra Irak en la "crisis del Golfo" (Res. 678 (1990)); para la acción a propósito de la represión de los Kurdos en territorio iraquí (Res. 688 (1991)); e igualmente para las resoluciones 770 (1992) sobre Bosnia - Herzegovina, 794 (1992) sobre Somalia y 929 (1994) sobre Ruanda, que autorizaban una

acción militar de los Estados miembros para asegurar la ayuda humanitaria en una situación de conflicto interno. La doctrina que ha estudiado la justificación de la intervención armada para imponer la asistencia humanitaria, ha dejado bien patente que ésta cabe sólo dentro de ciertas condiciones muy estrictas entre las que de ninguna manera se encuentran el caso de que un régimen sea no democrático.

Finalmente, a pesar de las apariencias, tampoco la Resolución 940 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 31 de julio de 1994, autorizaba pura y simplemente una intervención militar en Haití "para la restauración de la democracia". No sólo se produjo una petición de ayuda por parte del Presidente constitucional Sr. Aristide, sino que el criterio esencial para que el Consejo de Seguridad decidiera la autorización de acción militar fue la consideración de que la violación de los acuerdos de paz (de Governors Island) por el Gobierno golpista constituía una "amenaza de paz" (45).

El contexto regional americano, organizado en torno a la O.E.A. y sus procedimientos de seguridad colectiva, puede ser más favorable a la decisión de acciones coercitivas frente a regímenes "no democráticos" (46).

18. En todo caso, si el derecho de autodeterminación comienza a tener unos perfiles mejor definidos en el ordenamiento internacional y a desprenderse de connotaciones puramente fácticas, lo cierto es que ni siquiera en la perspectiva de la consagración de un hipotético derecho de los pueblos a la democracia se contempla el derecho a la secesión de las entidades subestatales señaladas.

Toda ruptura de la integridad territorial de los Estados existentes es considerada como contraria al Derecho Internacional si no se produce por vías pacíficas, es decir sobre la base de la voluntad libremente manifestada de los "pueblos estatales" afectados.

Un Estado determinado puede optar por la vía política constitucional del referendo para que un "pueblo" que constituye una parte del conjunto de su "población" se pronuncie o no por la secesión: tal el reciente caso de Canadá respecto a su territorio quebequense. Pero esa vía no es obligatoria internacionalmente y ni siquiera lo era sobre la base de la Constitución del Canadá.

En realidad, la perspectiva fundamental desde la cual todos esos procesos de hecho, que tienen lugar dentro de los Estados, poseen relevancia para el ordenamiento internacional es, como se ha indicado, la proporcionada por el otro gran principio "desformalizador" y dinamizador del orden internacional: el de respeto a los derechos y libertades fundamentales de la persona.

Dentro del ámbito cubierto por ese principio fundamental cabe que los Estados estén internacionalmente obligados a dar un trato determinado a ciertos grupos humanos "subestatales" que, en cuanto tales, serían así destinatarios de normas internacionales. La protección del grupo humano en cuanto tal y no únicamente de los (derechos de los) miembros del grupo humano se ha planteado muy particularmente cuando el grupo en cuestión está vinculado, por identidad y existencia, a un territorio determinado.

En realidad, la personificación de grupos

humanos es una técnica jurídica ampliamente conocida y utilizada desde el Derecho Romano, que reposa en la ficción de que un grupo o conjunto de seres humanos, adecuadamente organizado, tiene en cuanto tal capacidad para ser titular de derechos y/o obligaciones y (si es el caso, además) para manifestar una voluntad capaz de producir efectos jurídicos de acuerdo con su contenido. Según esa técnica, lo que una persona o varias personas hacen en nombre del grupo (a quien representan legítimamente) se entiende que lo hace el grupo como tal; es decir, lo así realizado se le atribuye o imputa a éste.

El grupo social, autoorganizado soberanamente en un territorio propio, sustenta su Estado y actúa frente a otros entes soberanos por medio de éste. Es así que, desde el comienzo mismo de la formación histórica del Derecho Internacional en Europa, a partir de los siglos XVII y XVIII, los Estados soberanos han sido personificados por las normas generales del ordenamiento jurídico internacional, normas cuya obligatoriedad se basa en la costumbre manifestadora del consentimiento común del conjunto de los Estados miembros de la Sociedad Internacional de cada época.

19. En nuestra época lo "público" internacional, en términos jurídicos, no es ciertamente sólo lo que atañe a la soberanía territorial y personal de cada Estado y a sus compromisos particulares. La Comunidad Internacional contemporánea integra junto a los Estados a un conjunto de centenares de Organizaciones Internacionales cuya actividad (aunque fundamentalmente de tipo normativo) afecta por

diversas vías y procedimientos tanto a la acción internacional como a la situación "interna" del "pueblo" de cada Estado y de las personas humanas que lo integran. El respeto a los derechos humanos fundamentales ha dejado de ser para el Derecho Internacional una "materia" de la jurisdicción exclusiva interna de los Estados y éstos, en sus relaciones recíprocas directas, pueden reclamarse su efectivo cumplimiento.

Si bien, es todavía difícil sostener que, fuera de los establecido por tratados internacionales, el ámbito de la protección de los derechos de las minorías como tales, de los pueblos indígenas o de otros grupos humanos "diferenciados" haya sido sustraído "por la materia" completamente al principio de no intervención, lo cierto es que la última clave para solucionar las posibles antinomias o contradicciones se encuentra actualmente en la relevancia fundamental del principio que obliga a respetar los derechos humanos.

Pues bien, en ese contexto cobra sentido que grupos humanos distintos de los "pueblos estatales" sean personificados en uno o varios sentidos por el Derecho Internacional, pre-ocupado éste cada vez más por aspectos "públicos" que atañen ahora al conjunto de los Estados y de sus "pueblos". Esa personificación no alcanza ciertamente la atribución de capacidad de obrar internacional y por lo tanto la atribución de un derecho de autodeterminación defendible en nombre propio ante órganos internacionales de control. A lo que alcanza actualmente es a convertir a tales grupos en destinatarios de normas internacionales que protegen su existencia e iden-

idad, pero sin otorgarles la condición de sujetos del ordenamiento internacional.

21. En todo caso, en esa su evolución contemporánea el principio de autodeterminación muestra de modo privilegiado, en interacción con los demás principios del ordenamiento internacional contemporáneo, la tendencia de éste a reflejar el fenómeno de la progresiva modificación del significado jurídico de la soberanía estatal y en particular de su elemento territorial que de modo tradicional era considerado únicamente como el simple marco espacial del ejercicio pleno y exclusivo, sin controles o "intervenciones" exteriores, del poder político soberano del Estado, en el seno de la Sociedad Internacional. Cuál sea hoy el trato que un Estado dé en su territorio a grupos humanos diferenciados "subestatales" que en él habiten, en especial los integrados por sus propios nacionales, no es en absoluto un asunto de la jurisdicción exclusiva interna de dicho Estado.

La personificación internacional de grupos humanos como las minorías (especialmente las minorías nacionales), los pueblos indígenas u otros, constituye una tendencia que (aun sin menoscabo formal de la integridad territorial de los Estados) se inscribe en ese contexto que, en última instancia, apunta a la protección de derechos y libertades de la persona. Cada persona humana es finalmente la portadora de la 'diferencia' cuya protección jurídica se realiza también y simultáneamente protegiendo la existencia e identidad del grupo que integra a los "diferentes". De ahí que quepa la referencia a un derecho de autodeterminación de la persona humana que le posibilitará elegir en

libertad el grupo diferenciado al que quiere pertenecer e incluso (en contextos de creación o disolución de Estados) la elección de una nacionalidad diferente de la ciudadanía (entendida como adscripción a un Estado cuya nacionalidad no se ostentará).

Como quiera que sea estamos aún muy lejos de la aparición de un Ekoumene, a modo de Humanidad organizada en cuyo seno los Estados fueran considerados "provincias". El grupo social inclusor de todos los demás, la Sociedad Internacional, carece de una organización propia, integradora, que permita referirse a alguna forma de personificación jurídica de la Comunidad Internacional en cuanto tal, personificación que debería manifestarse entonces en todos los ordenamientos jurídicos del planeta.

## NOTAS

(1) E. Vattel: *El Derecho de Gentes*. Ed. de la imprenta de I. Sancha. Madrid 1820, pg. 26. Libro I, Cap. I.III y I.IV.

(2) Sentencia en el asunto relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia). CIJ. Rec. 1995, No. 29.

(3) Por su parte, la concepción revolucionaria de la autodeterminación realizada por Lenin, planteaba la liberación de los "pueblos oprimidos" con vistas a llevar a cabo la "revolución socialista" en el mundo. Ver por ejemplo: Cassese, A. "Article 1, paragraphe 2". En: J.P. Cot y A. Pellet (eds) *La Charte des Nations Unies*. París, 1985, pp. 39 ss. La llamada doctrina Breznev o de la "soberanía limitada", que legitimaba como "Derecho regional socialista"

la intervención, incluso armada, en uno de los países "socialistas" por los demás (guiados por la Unión Soviética), con vistas a mantener en él los "logros del socialismo" que supuestamente se encontrarían en peligro, fue una derivación natural de la indicada concepción de Lenin.

(4) CIJ Rec. 1971, cit., p. 52.

(5) Ver sobre esto mi trabajo: "La 'Carta de París para una nueva Europa'". R.I.E. 1991, pp. 153 ss.

(6) Declaración Final adoptada en Viena por la Conferencia Mundial sobre derechos humanos (25 de junio de 1993): U.N. Doc.A/CONF.157/24 (1993).

(7) Il Diritto Internazionale nel mondo contemporaneo. Bolonia 1986, pp. 149 ss.

(8) En enero de 1996, como es sabido, se han celebrado en los territorios palestinos de Gaza y Cisjordania las primeras elecciones parlamentarias libres. Este paso debe considerarse como fundamental en el proceso de la creación final del Estado Palestino independiente.

(9) La Declaración Final de Viena (1993) elimina todo criterio específico de discriminación y se refiere a las "distinciones" por cualquier causa. Loc. cit. pt. I, p. 2.

Por influjo del principio de respeto a los derechos humanos fundamentales, la Comunidad Internacional admitió la relevancia de otra situación en la que un poder estatal, puede llegar a convertirse para una parte mayoritaria de su población, en un poder que la domina por la fuerza ilegítimamente, desde el punto de vista del Derecho Internacional. Esa situación, se ha producido en el caso de los regímenes de dominación racista y apartheid,

sobre los pueblos de Rodesia del Sur y de la República Sudafricana (regímenes, como se sabe, felizmente desaparecidos) en los que la Comunidad Internacional, expresándose esencialmente a través de Naciones Unidas, admitió el derecho de la mayoría de los "pueblos" correspondientes a "autodeterminarse" para liberarse de esa dominación y elegir un régimen no basado en la discriminación.

(10) Véase en general mi trabajo: "Protección de las minorías y Derecho Internacional", y la bibliografía en él citada. En: Derechos de las minorías y grupos diferenciados, pp. 162-190. Madrid, ONCE, 1994.

(11) Texto en RGDIP 1995, pp. 229 ss.

(12) Ver los textos correspondientes en: Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa. Textos Fundamentales. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica. Madrid 1992.

(13) La igualdad y la no discriminación en el goce de todos los derechos humanos y libertades son reglas bien establecidas de Derecho Internacional que obligan a todos los Estados. Su aplicabilidad universal como principios del ordenamiento internacional está garantizada sobre la base de las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas (artículos 1 y 55) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2).

(14) Es muy difícil definir en abstracto los estándares o criterios de justicia material que permiten determinar cuándo se produce de hecho una discriminación ilícita en contra de una minoría o uno o varios miembros de ésta. Los estándares normativos pertinentes son los mismos estándares abstractos aplicables en el

terreno de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, particularmente la razonabilidad de las medidas y su proporcionalidad con la protección buscada.

(15) El artículo 27 del Pacto de N. U. sobre derechos civiles y políticos, aplicable directamente en los ordenamientos internos (self-executing) y por ello alegable por los individuos ante las autoridades, tampoco impone a los Estados la obligación de establecer normas que atribuyan a las minorías en cuanto tales (al grupo en cuanto tal) la legitimación activa para actuar, por medio de representantes apropiados en defensa de sus derechos ante órganos internos.

(16) Desde 1945 tal protección ha seguido internacionalmente tres líneas. En primer lugar, la de la OIT, centrada en la protección de los trabajadores indígenas, que culminó en las Convenciones de 1957 (107) y de 1989 (169), que revisa la anterior. En segundo lugar, la de Naciones Unidas propiamente dicha, que incluye el nombramiento en 1972 del Relator especial R. Martínez Cobo (que presentó su informe final en 1983 denominado "Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas") y la creación por el ECOSOC en 1982, de un "Grupo de Trabajo sobre Poblaciones indígenas", con la misión particular de elaborar un proyecto de 'Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas' cuyo proceso de adopción está en fase avanzada (cfr. UN Doc. E/CN. 4/Sub.2/1993/29 (1993) y Doc. E/CN.4/1996/84). En tercer lugar, debe tenerse en cuenta la ingente acción protectora desarrollada por las diferentes ONG. Por otro lado en 1995 presentó la

relatora especial Erica Daes su informe definitivo sobre "Protección del patrimonio de los pueblos indígenas" (E/CN.4/Sub.2/1995/26), y desde 1994, M.A. Martínez nuevo Relator especial, presenta a la CDH otros informes sobre aspectos de la discriminación contra las poblaciones indígenas (Ver: E/CN.4/Sub.2/1995/27).

(17) Ver el documento reproducido en G.Y.I.L. 1992, pp. 152 ss.

(18) Cfr. una primera versión en: E/CN.4/Sub. 2/1990/39, de 29 de junio de 1990. La segunda en: U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/23). La utilizada aquí en: (E/CN.4/sub.2/1993/29, anexo I). Ver también la Declaración de Viena de la Conferencia mundial de derechos humanos antes citada (p. 20), que no alude al derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación.

(19) En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular la del Tribunal Internacional de Justicia, nunca ha admitido que las normas del Derecho Internacional protegieran derechos de poblaciones o pueblos indígenas, particularmente derechos "territoriales" que pudieran tener eficacia frente a la soberanía territorial estatal establecida de acuerdo con una estricta aplicación del principio de uti possidetis; y ello incluso cuando ninguna reivindicación de autodeterminación estuviera en juego. Cfr. W. Reisman. "Protecting indigenous rights in international adjudication". A.J.I.L. 1995, pp. 350 ss.

(20) Declaración Universal de Derechos Humanos (D.U.D.H.) art.; Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas (P.D.C.P.)

art. 18, 19 y 22; Convención Europea de Derechos Humanos (C.E.D.H.) art. 10; Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.) arts. 13 y 16. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (C.A.D.H.P.)

(21) D.U.D.H. art. 21; P.D.C.P. art. 25; C.E.D.H. art. 3 del Protocolo 1; C.A.D.H. art. 23; C.A.D.H.P. art. 13. La aplicación del artículo 25 del P.D.C.P. puede ser suspendida en ciertos casos (art. 15) Cfr. Res. A.G. 45/150 de 21-2-1991 y Res. 46/137 de 17-12-1991, ambas sobre la efectividad del principio de realización de elecciones libres y periódicas. La última de ellas previó la creación de un procedimiento para autorizar la supervisión de procesos electorales. Sobre la relación entre democracia, procesos electorales y respeto a los derechos humanos en la C.S.C.E. (hoy O.S.C.E.) ver loc.cit. supra nota 11.

(41) Loc. cit. supra nota 29

(42) Franck, T.M. "The emerging right to democratic governance". A.J.I.L. 1992, pp. 45 ss. También: Fox, G.H. "The right to political participation in International Law". Yale. L.J.I.L. 1992, pp. 539 ss. Crawford, J. "Democracy and International Law". B.Y.I.L. 1994, pp. 113 ss., y la bibliografía indicada por éste. En la doctrina española: Roldán Barbero, J. Democracia y Derecho Internacional. Madrid 1994.

(43) Cfr. el caso A.D. c. Canadá (Rep. of the H. R. Com. 39 UN. GAOR Supp. (No. 40), p. 200 UN Doc. A/39/40 (1984)); también el caso Ominayak and Lubicon Band C. Canadá (Rep. of the H.R. Com 45 UN. GAOR Supp. (No. 40), vol 2. App. A. UN Doc. A/45/40 (1990)). Para mayores referencias a la práctica de control, T.M. Franck, RCADI 1993-III cit, pp. 110 ss.

Entre otros estándares, estos órganos de control han precisado el contenido de las "limitaciones necesarias en una sociedad democrática" al ejercicio de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales, previstas por determinados artículos de las convenciones sobre derechos humanos: P.D.C.P. arts. 14(1), 21 y 22 (2). C.E.D.H. arts. 6 (1), 8 (2), 9 (2), 10 (2), 11 (2), y Prot. No. 4 art. 2 (3); C.A.D.H. arts. 15, 16 (2), 22 (3), y 29 c). La universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos es afirmada en rotundos términos por la Declaración de Viena cit. párrafo 4.

(44) Sentencia en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos). CIJ. Rec. 1966, p. 133.

(45) El texto de la resolución 940 (1994) establecía en su párrafo 4: El Consejo de Seguridad "...actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (...) autoriza a los Estados miembros a constituir una fuerza multinacional colocada bajo un mando y un control unificados y a utilizar en ese marco todos los medios necesarios para facilitar la salida de Haití de los dirigentes militares, teniendo en cuenta el Acuerdo de Governors Island, así como el pronto retorno del presidente legítimamente elegido, así como para instaurar un clima seguro y estable que permita aplicar el Acuerdo de Governors Island". Cfr. Ad ex. O. Corten. "La résolution 940 du Conseil de Sécurité autorisant une intervention militaire en Haïti: l'émergence d'un principe de légitimité démocratique en droit international?". E.J.I.L. 1995, pp. 116 ss.

(46) Cfr. Res. 1080 de 5 de junio de 1991. D.J.I. vol. 9, No. 1, 1991-92, p. 2 

## Las Naciones Unidas y la defensa y promoción de los derechos humanos

ALEJANDRO TEITELBAUM\*

**P**ara dar cumplimiento a uno de sus propósitos básicos que figuran en el artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas, la defensa y promoción de los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas cuenta con órganos y procedimientos específicos y con un funcionario especial, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Pero a este objetivo fundamental de la Organización contribuyen también, en la esfera de sus respectivas atribuciones, la Asamblea

---

\* El autor es abogado, egresado de la Universidad Nacional de Buenos Aires y Diplomado en Relaciones Económicas Internacionales en el Instituto de Estudios del Desarrollo Económico y Social de la Universidad de París I.

Es representante permanente de la Asociación Americana de Juristas ante las Naciones Unidas en Ginebra.

General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Secretaría General.

Todos ellos tienen la obligación de actuar en el marco de los instrumentos fundamentales que regulan las normas de conducta de la comunidad internacional y de sus miembros: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otras normas internacionales, que son las reglas de juego establecidas para la convivencia pacífica y civilizada de la sociedad humana.

Además, esos instrumentos y mecanismos no son inmutables y pueden sufrir modificaciones en función del grado de desarrollo de la conciencia jurídica universal y de la evolución de las relaciones internacionales. El contenido mismo de la noción de derechos humanos está en constante evolución (se habla de derechos humanos de la primera, segunda y tercera generación).

Recientemente se han creado dos Tribunales Penales Internacionales "ad hoc" y temporarios, uno para la ex Yugoslavia y otro para Ruanda, con el propósito de juzgar a las personas acusadas de haber cometido en dichos países violaciones al derecho internacional humanitario y crímenes contra la humanidad.

Intentaremos describir someramente y analizar críticamente el papel de los diferentes órganos y procedimientos destinados a proteger y promover los derechos humanos, comenzando por los que tienen un mandato específico para ello.

Por razones de espacio no nos ocuparemos de otros órganos y procedimientos internacionales, como los existentes en la Organiza-

ción Internacional del Trabajo y en la UNESCO, ni de los regionales.

## **A. LOS ORGANOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIFICOS**

### **I. La Comisión de Derechos Humanos.**

La Comisión de Derechos Humanos es el órgano específico de mayor jerarquía que se ocupa de los derechos humanos, compuesto por representantes de 53 Estados. Como hay una representación regional más o menos equilibrada, los Estados del tercer mundo son mayoritarios.

La Comisión tiene un órgano subsidiario, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías y establece grupos de trabajo y grupos especiales con diversos mandatos. También nombra relatores que se ocupan de cuestiones relativas a determinados derechos humanos (llamados relatores temáticos) o de países cuya situación en materia de derechos humanos la Comisión ha decidido que es particularmente grave.

Cuando la Comisión debe tomar decisiones sobre la situación en materia de derechos humanos en un país determinado, se pone de manifiesto el papel preponderante de las consideraciones geopolíticas y geoeconómicas: priman las solidaridades regionales, la importancia de los mercados y de las relaciones comerciales que están en juego y los objetivos políticos de las grandes potencias.

Otro terreno donde las divergencias se manifiestan, en este caso bastante nitidamente entre Norte y Sur, es el de los derechos econó-

micos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo.

Las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo pueden intervenir oralmente y presentar documentos escritos en la Comisión, aunque su participación real se hace cada vez más dificultosa (reducción del tiempo de intervención oral, no traducción de sus documentos escritos) por dos tipos de razones: la cantidad cada vez mayor de ONG's que quieren intervenir y la voluntad política de la mayoría de los Estados de marginar a las ONG's, so pretexto de falta de tiempo y de las insuficiencias de la infraestructura de funcionamiento, provocada por la crisis financiera de las Naciones Unidas.

### **II. Los grupos de trabajo y los relatores especiales de la Comisión de Derechos Humanos.**

La Comisión de Derechos Humanos ha establecido dos Grupos de Trabajo que se ocupan de cuestiones "temáticas": el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas y el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, y ha nombrado varios relatores especiales "temáticos": sobre ejecuciones sumarias, torturas, intolerancia religiosa, venta de niños, mercenarios, etc. Los mandatos de los Grupos de Trabajo mencionados y de los relatores son de duración limitada pero en el caso de dichos Grupos y de algunos relatores, tienden a prolongarse mediante sucesivas renovaciones. Además, como ya se ha señalado, la Comisión nombra relatores o representantes especiales para que examinen la situación en materia de

derechos humanos en determinados países.

Los Grupos de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas y sobre Detenciones Arbitrarias reciben denuncias escritas de las ONG's y de los familiares o representantes de las víctimas. También los reciben personalmente en audiencia durante sus sesiones.

Ambos Grupos comunican las denuncias a los gobiernos involucrados, con finalidades distintas.

La finalidad del procedimiento del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones es establecer la suerte corrida por la persona desaparecida y, por cierto, procurar que la persona reaparezca. El Grupo considera que el caso debe continuar abierto mientras las explicaciones del Gobierno no sean satisfactorias en ese sentido.

El Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, en cambio, pide explicaciones al gobierno denunciado y, recibidas éstas, adopta una decisión declarando a la detención arbitraria o conforme a las normas, cerrando así el caso.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas adoptó hace ya varios años un procedimiento urgente, fundado en razones humanitarias, consistente en pedir inmediatamente explicaciones al gobierno involucrado cuando recibe una denuncia de desaparición con por menores que permiten presumir su verosimilitud: datos personales de la víctima, fecha y lugar del hecho, intervención presunta en el secuestro de fuerzas armadas o de seguridad y eventualmente testigos.

Los relatores "temáticos" (sobre torturas, ejecuciones sumarias, sobre la independencia

de los jueces y los abogados, etc.) reciben denuncias escritas de las ONG's y de los damnificados o sus representantes y también emplean el procedimiento de acciones urgentes.

Existen actualmente otros Grupos de Trabajo que la Comisión ha establecido por un plazo limitado y con mandatos específicos: dos para elaborar protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño (sobre la edad mínima para intervenir en conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución de los mismos y su utilización en pornografía), uno para elaborar un Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y uno, que tiene que constituirse próximamente, sobre estrategias para hacer efectivo el derecho al desarrollo.

### **III. La subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías.**

Está integrada por 26 expertos de las diversas regiones del mundo (5 de América Latina y el Caribe, 5 de Asia, 7 de África y 9 de América del Norte y Europa) elegidos por la Comisión para que se desempeñen a título personal, es decir que deben ser independientes, como lo ha dicho la misma Comisión en sucesivas resoluciones, pero en los hechos buena parte de sus miembros son funcionarios gubernamentales.

Elige entre sus miembros grupos de trabajo y expertos para que estudien diversos temas (impunidad, pueblos indígenas, distribución de los ingresos, estados de excepción, prácticas tradicionales que afectan a las mujeres,

minorías, consecuencias para los derechos humanos de las actividades de las Naciones Unidas, incluida la asistencia humanitaria, etc.) y durante sus sesiones trata acerca de situaciones en países determinados y otros temas, como las políticas de ajuste estructural, etc.

La Subcomisión es, o debería ser, un órgano sumamente importante de reflexión y de elaboración de alto nivel destinado a ayudar a la Comisión en el desempeño de sus funciones y también llamado a alertar sobre situaciones de violaciones a los derechos humanos que parecen estar adquiriendo gravedad.

Pero priman razones políticas y aún personales para que no siempre sea así, pues no sólo la independencia de algunos de sus miembros sino su competencia profesional en materia de derechos humanos deja bastante que desear.

Las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo pueden intervenir oralmente y presentar documentos escritos y, por regla general, intervenir en los grupos de trabajo actualmente existentes, que son dos: sobre formas contemporáneas de la esclavitud y sobre poblaciones indígenas.

En el Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas pueden intervenir también representantes de los pueblos indígenas, sus comunidades y organizaciones.

### **IV. La comisión sobre la condición jurídica y social de la mujer.**

Es el equivalente de la Comisión de Derechos Humanos en el ámbito específico de los derechos de la mujer. Fue creada en 1946 y sus funciones son preparar y presentar al Consejo

Económico y Social recomendaciones e informes sobre el fomento de los derechos de la mujer y hacer recomendaciones sobre los problemas más urgentes e impostergables.

### **V. Los comités de pactos y convenciones internacionales.**

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos que cuentan con Comités para el control de su aplicación son los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y Convención sobre los Derechos del Niño.

El rasgo común de los Comités de los Pactos o Convenciones es que reciben informes periódicos de los Estados Partes en el Pacto o Convención correspondiente, los que son examinados en presencia del respectivo Estado, a fin de que éste pueda dar explicaciones y responder a preguntas de los miembros del Comité. Finalmente el Comité formula sus observaciones, señala los aspectos positivos y expresa sus motivos de preocupación.

1. El Comité de Derechos Humanos fue establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primer protocolo facultativo del Pacto estableció un procedimiento cuasi jurisdiccional que permite a las víctimas o a sus representantes presentar de-

nuncias al Comité de Derechos Humanos, el que da traslado de la misma al gobierno involucrado a fin de que formule las observaciones que estime pertinentes, para luego decidir, primero, si la denuncia es admisible y, en caso afirmativo, si el gobierno ha violado alguna de las disposiciones del Pacto.

El 15 de diciembre de 1989 la Asamblea General aprobó el segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe la pena de muerte. Permite a los Estados signatarios establecer la reserva de mantener la pena de muerte para los delitos graves de naturaleza militar cometidos en tiempo de guerra.

2. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecido por el Consejo Económico y Social, tiene métodos de trabajo muy flexibles que permiten a las organizaciones no gubernamentales presentar sus observaciones, de tipo general o sobre países determinados, oralmente y por escrito. Pero no existe un procedimiento de denuncias.

Para superar este vacío, el Comité está estudiando un proyecto de protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permitiría establecer un procedimiento similar al previsto en el primer protocolo facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

3. El Comité contra la Tortura, establecido por la Convención respectiva, recibe denuncias de particulares o de sus representantes, referidas a Estados que han reconocido la competencia del Comité para tales efectos (artículo 22 de la Convención contra la Tortura) y adopta una decisión después de haber tomado

conocimiento de las observaciones del Estado involucrado. La decisión puede ser sobre el fondo del asunto o consistir simplemente en declarar inadmisibles las denuncias, por diferentes razones.

La Comisión de Derechos Humanos ha constituido un grupo de trabajo en el que participan representantes estatales y de las ONG's, que está elaborando un proyecto de Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura, relativo a un sistema preventivo de visitas a los lugares de detención.

4. El Comité Contra la Discriminación Racial, establecido por la Convención, puede recibir denuncias de particulares sobre los Estados que han reconocido la competencia del Comité para esos fines (artículo 14 de la Convención). Son pocos los Estados que han reconocido dicha competencia al Comité.

5. El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, creado por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, tiene como función principal examinar los progresos cumplidos por los Estados en la aplicación de la Convención (artículo 17). La Convención no prevé ningún mecanismo de denuncia, pero se está estudiando un proyecto de protocolo facultativo que establezca un procedimiento en ese sentido.

6. El Comité sobre los Derechos del Niño, instituido por la Convención sobre los Derechos del Niño, examina los progresos realizados por los Estados partes (artículo 43). La Convención no prevé ningún mecanismo de denuncias.

La Comisión de Derechos Humanos ha

designado dos Grupos de Trabajo para que elaboren proyectos de Protocolos Facultativos de la Convención de Derechos del Niño, uno sobre la participación de niños en los conflictos armados (la finalidad principal es elevar la edad mínima a 18 años, pues la Convención la establece en 15 años) y el otro sobre la venta y la prostitución de niños y la pornografía que involucra a niños. Estos Grupos de Trabajo no tienen mandato para elaborar un procedimiento de denuncias.

Es llamativo el contraste entre la unanimidad alcanzada en las adhesiones (aunque no en las ratificaciones) a la Convención sobre los Derechos del Niño y la resistencia de los Estados a establecer un procedimiento de denuncias.

## VI. Procedimiento para el examen de "situaciones".

Existe un procedimiento para el examen de situaciones de violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos, establecido por la resolución 1503 (XLVIII) de 1970 del Consejo Económico y Social.

De acuerdo con este procedimiento, quienes se consideran víctimas, sus representantes u organizaciones no gubernamentales pueden presentar denuncias de violaciones a los derechos humanos. Las mismas son procesadas en el Centro de Derechos Humanos, el que las envía a un Grupo de Comunicaciones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, que examina si, dada la cantidad de denuncias, en un determinado país se puede considerar que existe

una situación de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos. En caso afirmativo, informa al plenario de la Subcomisión, la que puede decidir enviar el caso al Grupo de Comunicaciones de la Comisión de Derechos Humanos. Esta puede someter el caso al plenario de la Comisión, la que, en sesión confidencial, lo trata y adopta o no medidas. Si la Comisión considera que la situación lo justifica, puede decidir la designación de un relator especial para que se ocupe del caso.

Este procedimiento de denuncias, el más antiguo existente, es objeto de numerosas críticas a causa de su lentitud, confidencialidad, politización y parcialidad y requeriría reformas para hacerlo más eficaz.

## VII. Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

En noviembre de 1993 la Tercera Comisión de la Asamblea General nombró un Grupo de Trabajo para que elaborase un proyecto de creación de un puesto de Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Los Estados Unidos se apresuraron a presentar un borrador de proyecto endulzado con alusiones al derecho al desarrollo, pero conservando su objetivo esencial de tener un "zar" de los derechos humanos a su servicio.

El debate en el Grupo de Trabajo estuvo marcado por la desconfianza demostrada por muchos países ante la intención manipuladora del proyecto estadounidense.

Finalmente, el Grupo de Trabajo de la Tercera Comisión primero y la Asamblea Ge-

neral después aprobaron en diciembre de 1993 la creación del cargo de Alto Comisionado.

El proyecto aprobado se alejó considerablemente de los objetivos de los promotores de la iniciativa, pues el mandato del Alto Comisionado está bien delimitado.

Esta delimitación del mandato se estableció con referencias de tipo general a la obligación del Alto Comisionado de respetar la soberanía, la integridad territorial y la competencia nacional de los Estados, así como a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, las particularidades nacionales y regionales y la diversidad de antecedentes históricos, culturales y religiosos.

Pero más importante aún en ese sentido es que la resolución aprobada reafirma que la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y la Comisión de Derechos Humanos son los órganos encargados de adoptar las decisiones en materia de promoción y de defensa de los Derechos Humanos y que el Alto Comisionado deberá ejecutar las tareas que le asignarán los organismos competentes del sistema de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos.

El Alto Comisionado tiene funciones bastante similares a las del Secretario General Adjunto a cargo del Centro de Derechos Humanos con los agregados importantes de que se le atribuyen funciones de coordinación entre los distintos organismos que se ocupan de los derechos humanos, de que tiene la facultad de establecer contactos discretos con los gobiernos y de que puede tomar la iniciativa de enviar misiones de investigación, previo consentimiento del Estado que será objeto de la misma.

## B. OTROS ORGANOS QUE SE OCUPAN DE LOS DERECHOS HUMANOS

### I. La Secretaría General.

El Secretario General de las Naciones Unidas tiene un enorme poder en todo lo que se refiere al funcionamiento de la Secretaría, es decir, sobre todo el aparato de las Naciones Unidas, del cual forma parte el Centro de Derechos Humanos y otros organismos vinculados en mayor o menor grado al tema de los derechos humanos.

También actúa en relación permanente con el Consejo de Seguridad y, como es obvio, particularmente en relación con los Estados que tienen el poder de decisión en el Consejo.

El Secretario General está lógicamente sujeto a enormes presiones por parte de las más grandes potencias, especialmente de los Estados Unidos.

El actual Secretario General parece particularmente vulnerable y permeable a tales presiones, como lo demuestran una serie de medidas que ha adoptado en la administración desde que asumió el cargo, por el ejemplo la supresión del Centro de Empresas Transnacionales y las preferencias nacionales en la selección del personal de mayor rango.

El Centro de Empresas Transnacionales era un organismo autónomo de la Secretaría General, creado por el Consejo Económico y Social en 1974, con el fin de actuar como secretaría de la Comisión de Empresas Transnacionales y elaborar, entre otras cosas, de conformidad con una resolución de la Asamblea General (3202-S.VI de 1974), un código de

conducta para las empresas transnacionales, con el fin de intentar establecer un control social sobre las actividades de dichas empresas. En Centro produjo importantes estudios sobre las sociedades transnacionales, pero el código de conducta nunca vio la luz y el Centro mismo ha sido transformado en una modesta División de Inversiones Internacionales y de Sociedades Transnacionales, dependiente del Consejo de Comercio y Desarrollo de la CNUCED (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo).

El actual Secretario General ha llamado a asociar más estrechamente a las sociedades transnacionales a las decisiones internacionales (Davos, 26/1/1995) y a reconocer la primacía de la sociedad transnacional sobre la sociedad interestatal (Universidad Carlos III de Madrid, 15/4/1994).

En tales condiciones, la independencia de los funcionarios de la Organización que exige el artículo 100 de la Carta de la ONU y la indispensable neutralidad ideológica de la Secretaría General se ven seriamente comprometidas.

Quizá para remediar estos graves inconvenientes derivados de una Secretaría General unipersonal, habría que encarar la posibilidad de establecer una Secretaría General colegiada, compuesta de cinco Secretarios Generales, uno por cada una de las regiones del mundo.

### II. El Consejo Económico y Social.

El Consejo Económico y Social es el principal órgano coordinador de la labor económica y social de las Naciones Unidas y de los organis-

mos e instituciones especializados.

Entre sus órganos subsidiarios se cuentan la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.

De acuerdo al artículo 62 de la Carta de la ONU, el Consejo Económico y Social podrá "hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades".

Las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo pueden presentar documentos escritos al Consejo Económico y Social.

### III. El Consejo de Seguridad.

Entre sus muchas particularidades, el Consejo de Seguridad tiene la de que puede adoptar decisiones que son obligatorias para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas (artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas).

En los últimos años el Consejo de Seguridad está desempeñando un papel creciente en lo que se refiere a graves violaciones de los derechos humanos. Se puede argumentar que esto excede la esfera de competencia del Consejo, cuya responsabilidad primordial, dice el inciso 1º del artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, es mantener la paz y la seguridad internacionales.

Pero existen situaciones que si bien se caracterizan fundamentalmente por configurar un cuadro de graves violaciones a los derechos humanos, constituyen al mismo tiempo

una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. Este es el argumento que utiliza -abusivamente- el Consejo de Seguridad para fundar sus decisiones en materia de derechos humanos en las facultades que le concede el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, el Juez Gros dijo: "No basta decir que un asunto tiene un "eco" sobre el mantenimiento de la paz para que el Consejo de Seguridad se transforme en gobierno mundial". Y en la misma opinión consultiva, el juez Fitzmaurice dijo en su voto disidente que no es posible que el Consejo de Seguridad califique de manera arbitraria una situación como amenazante para la paz y la seguridad y que se utilicen las funciones del mismo para fines que no son los previstos en la Carta y "como pretexto para alcanzar objetivos inconfesables" (1).

Cuando se estudia el tema de los límites de las atribuciones del Consejo de Seguridad, conviene tener en cuenta que en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 24 de la edición oficial en español de la Carta de las Naciones Unidas no figura la palabra "específicos" ("The specific powers granted to the Security Council.."), que es sumamente importante para la interpretación del artículo (2).

No parece razonable sostener que las diferentes esferas de competencia de los distintos órganos de las Naciones Unidas constituyen compartimientos estancos que no se relacionan entre sí y que el Consejo de Seguridad no puede desempeñar un papel en el ámbito de los derechos humanos. Pero, en la práctica, el Consejo de Seguridad ha excedido en varias oportunidades sus atribuciones.

Por ejemplo, en el caso de la guerra del Golfo, mediante la resolución 678 de noviembre de 1990, cedió a una coalición de Estados atribuciones indelegables que le confiere la Carta de la ONU en sus artículos 43 y 45.

Además, quienes actuaron por delegación del Consejo de Seguridad en la guerra del Golfo, cometieron gravísimas violaciones a los derechos humanos, como fue enterrar vivos con topadoras a soldados irakíes en sus trincheras y bombardear (con "precisión quirúrgica") a la población civil, lo que costó 200.000 víctimas y la destrucción de la infraestructura civil de Irak.

El caso extremo de extralimitación de sus funciones por parte del Consejo de Seguridad, es su invocación jurídicamente aberrante del Capítulo VII de la Carta para justificar su decisión de crear los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda. Este tema lo trataremos en particular más adelante.

La delicada y compleja tarea de decidir la intervención de la comunidad internacional (y el nivel de dicha intervención) en los casos de violaciones masivas a los derechos humanos y que además constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, debe cumplirse en el marco del respeto absoluto de la Carta de las Naciones Unidas (y como es obvio de las normas internacionales en materia de derecho humanitario y de derechos humanos) y, en particular, de dos principios fundamentales enunciados en los incisos 1 y 7 del artículo 2 de la Carta: "La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos los Estados" y "Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a inter-

venir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...".

Y precisamente la estructura y el funcionamiento del Consejo de Seguridad, que es el órgano de las Naciones Unidas donde los vencedores de la Segunda Guerra Mundial se reservaron el poder de decisión, contraviene el principio básico enunciado en el inciso 1º del artículo 2 de la Carta.

El principio de unanimidad o derecho de veto de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, en las cuestiones de fondo y también en algunas cuestiones de procedimiento, permite a cualquiera de ellos bloquear una decisión del Consejo, aunque la misma cuente con el apoyo de todos los otros miembros.

En las cuestiones de procedimiento se aplica la llamada "Fórmula de Yalta", presentada en forma de declaración común por las grandes potencias el 8 de junio de 1945 a la Conferencia de San Francisco, que discutió y aprobó la Carta de la ONU. En el punto 3 de dicha declaración se dice, en síntesis, que todas las decisiones del Consejo de Seguridad que tengan una significación política mayor y puedan desencadenar una serie de acontecimientos ulteriores que finalmente conduzcan a la adopción de medidas, no son cuestiones de procedimiento, aunque normalmente debieran considerarse como tales. Es decir que, en ciertas circunstancias, las cuestiones preliminares de procedimiento están también sometidas al derecho de veto de las grandes potencias (3).

En cuanto a las cuestiones de fondo, el inciso 3º del artículo 27 de la Carta de las

Naciones Unidas exige para las cuestiones que no son de procedimiento, el voto afirmativo de los cinco miembros permanentes (principio de unanimidad de los cinco miembros permanentes o derecho a veto) y establece que deberá abstenerse en la votación el Estado que sea parte en una controversia en los casos del Capítulo VI y del párrafo 3 del artículo 52. Lo que significa, "a contrario sensu", que un miembro permanente no tiene que abstenerse en el caso de una votación en el marco del Capítulo VII, aunque sea parte. De modo que en ese caso puede ejercer el derecho de veto. Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad quisiera tomar una decisión, en el marco del Capítulo VII, con respecto a la violación por parte de Rusia de los derechos humanos en Chechenia, la Federación Rusa podría oponer su veto.

De manera que la actual estructura y sistema de funcionamiento del Consejo de Seguridad, que otorga tales privilegios a cinco Estados Miembros, que incluye, merced al derecho de veto, su virtual inmunidad ante cualquier intento de acción colectiva en el marco del Capítulo VII de la Carta, no puede garantizar la aplicación de los principios de universalidad, objetividad y no selectividad en el examen de los problemas que se refieren a los derechos humanos.

Estas características del Consejo de Seguridad son el resultado de los acuerdos de Yalta, que consagraron un mundo bipolar y marcaron el comienzo de la guerra fría. Pero ese período histórico ha finalizado con la desaparición de la URSS, que era uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, por lo que la mención a dicho país en el artículo 23 es

obsoleta. De modo que el inciso 3º del artículo 27, el último párrafo del artículo 108 y el último párrafo del inciso 2º del artículo 109 de la Carta, que se basan en la existencia de una entidad constituida por cinco Estados: China, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la URSS, han caducado de hecho con la desaparición de la URSS y deberían considerarse perimidos.

El hecho de que la Federación Rusa haya ingresado directamente al Consejo de Seguridad sin seguir el procedimiento de admisión a la ONU previsto en el artículo 4º de la Carta, limitándose a informar al Secretario General que asumía todos los derechos y obligaciones de la URSS conforme a la Carta de la ONU, no puede tener la virtud de mantener la vigencia de los mencionados artículos e incisos.

Ello es así porque la Federación Rusa no puede ser sucesora de la URSS en las Naciones Unidas, en razón de que la sucesión de Estados no se aplica a la calidad de miembro de las Naciones Unidas, de acuerdo al principio adoptado por la Sexta Comisión de la Asamblea General (A/C. 1/212 de 11/10/47) (4). En el caso de sucesión de Estados, la admisión del nuevo Estado debe ajustarse al procedimiento previsto en el artículo 4 de la Carta de la ONU (decisión de la Asamblea General en base a una recomendación del Consejo de Seguridad).

Ese ha sido el procedimiento seguido para la admisión de los nuevos Estados surgidos en los últimos años, como resultado de la desintegración de la URSS y de Yugoslavia, salvo para la Federación Rusa, que ocupó **de hecho** el lugar de la URSS, por decisión de las grandes potencias.

De modo que para que el Consejo de Seguridad pueda intervenir legítimamente y en la esfera de su competencia (determinada en general por el artículo 24, incisos 1 y 2 de la Carta) en las cuestiones que se refieren a los derechos humanos, la Asamblea General debería, en primer lugar, declarar la necesidad de reformar el artículo 23 y constatar la caducidad del inciso 3° del artículo 27, del último párrafo del artículo 108 y del último párrafo del inciso 2° del artículo 109 de la Carta, es decir la extinción del principio de unanimidad de las cinco grandes potencias, que se ha hecho de imposible aplicación a causa de la desaparición de la URSS.

La Asamblea General, mediante su resolución 47/62 de 11 de diciembre de 1992 "Cuestión de una representación equitativa y del aumento del número de miembros del Consejo de Seguridad", ha abierto el debate sobre la modificación del artículo 23 de la Carta de la ONU.

La culminación razonable de este proceso abierto en la Asamblea General debería ser el aumento del número de miembros del Consejo de Seguridad para adecuarlo al número actual de miembros de las Naciones Unidas, el aumento del número de miembros permanentes teniendo en cuenta una equitativa representación regional y las potencialidades demográficas y económicas de los Estados (o la eliminación del estatuto de miembro permanente) y la supresión del principio de unanimidad o derecho de veto.

#### **IV. Los Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia y para Ruanda.**

La Asamblea General encomendó en 1948 a la Comisión de Derecho Internacional que examinara el tema de la creación de un tribunal penal internacional permanente. En su resolución 46/54 de 1991, la Asamblea General tomó nota del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema y le pidió que siguiera examinando la cuestión. Al final del párrafo 3 de la mencionada resolución de la Asamblea General dijo: "a fin de que la Asamblea General pueda impartir orientación al respecto". Es decir que la Asamblea General se reservó dar las orientaciones para la creación de un tribunal penal internacional, de conformidad con los artículos 10 y 13 de la Carta.

En su informe de 1992, el Grupo de Trabajo sobre la creación de un tribunal penal internacional, constituido en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, se pronunció por un Tratado convenido entre los Estados como método de creación de un tribunal penal internacional (párrafo 437, informe del 44° período de sesiones de la CDI).

Los precedentes vigentes en materia de tribunales internacionales son la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Corte Internacional de Justicia fue establecida por la Carta de las Naciones Unidas (Cap. XIV) y, de acuerdo con su Estatuto, que forma parte de la Carta, sus miembros son elegidos por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad por mayoría absoluta de

votos en elecciones separadas. Para esta elección, en el Consejo de Seguridad no rige el derecho de veto. (Véanse especialmente los arts. 8, 10.1 y 10.2 del Estatuto).

En el plano regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Americana de Derechos Humanos (Capítulo VIII) y sus miembros son elegidos por la Asamblea General de la OEA (art. 53 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue creado por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (Título IV) y sus miembros son elegidos por la Asamblea Consultiva (art. 39).

En síntesis, la Corte Internacional, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo son creaciones convencionales.

De modo que ni los estudios de la Comisión de Derecho Internacional encomendados por la Asamblea General ni los precedentes normativos (Corte Internacional y Cortes regionales) autorizan a sostener que el Consejo de Seguridad tiene facultades para crear y/o elegir un tribunal penal internacional.

La Resolución No. 827 del Consejo de Seguridad que creó el Tribunal para Yugoslavia se funda en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y dice en su parte dispositiva que el Consejo de Seguridad decide establecer un tribunal internacional con el único propósito de enjuiciar a las personas responsables de serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia entre enero de 1991 y una fecha a ser determinada por el Consejo de Seguridad.

La Resolución 955 del Consejo de Seguridad que creó el Tribunal para Ruanda para juzgar los delitos de genocidio, los crímenes contra la humanidad y las violaciones al artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II a dichas Convenciones, cometidos en Ruanda entre enero y diciembre de 1994, es aproximadamente del mismo tenor que la Resolución 827.

El procedimiento empleado para la creación de ambos tribunales y la competencia que se les ha atribuido constituyen la negación misma de lo que debe entenderse por un tribunal independiente e imparcial. Esto es más grave aún por el hecho de que para contravenir de tal manera el artículo 10 de la Declaración Universal, el art. 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales que consagran el principio de la independencia e imparcialidad de los tribunales, el Consejo de Seguridad ha excedido sus facultades, en detrimento de las facultades de la Asamblea General.

En efecto, el Consejo de Seguridad ha hecho no sólo caso omiso de la resolución 46/54 de la Asamblea General, en la que ésta se reservó impartir orientaciones respecto a la creación de un tribunal penal internacional, sino de todas las decisiones adoptadas por la Asamblea General desde que en 1948 encomendó a la Comisión de Derecho Internacional que estudiara el tema de la creación de un tribunal penal internacional.

Además, puede afirmarse que el carácter temporario de ambos tribunales y su competencia limitada en razón de las personas y del lugar, les confieren todas las características de

una comisión o tribunal especial, institución expresamente excluida de todos los regímenes democráticos.

En cuanto a la independencia e imparcialidad de ambos Tribunales, hay dos aspectos importantes que conviene señalar. El primero es que el Consejo de Seguridad invocó en las Resoluciones 827 y 955 el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, asimilando la creación de un tribunal a una acción coercitiva. Y el segundo, relacionado con el anterior, aparece en el párrafo 28 del Informe del Secretario General de la ONU que acompaña a la Resolución 827, que la precedió y que le sirvió de base (S/25704). En ese párrafo del Informe del Secretario General se dice que el Tribunal es un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad en los términos del artículo 29 de la Carta. Y que durante su existencia, tratándose de una medida de coerción en el marco del Capítulo VII, el Tribunal estará vinculado al restablecimiento y mantenimiento de la paz y la seguridad en el territorio de la antigua Yugoslavia y a las decisiones del Consejo de Seguridad al respecto.

Estos tribunales, lo dice claramente el informe del Secretario General para el Tribunal de Yugoslavia, son apéndices del Consejo de Seguridad, más precisamente, agregamos nosotros, de quienes tienen el poder de decisión en su seno.

No se puede intentar fundar esa pretendida facultad del Consejo de Seguridad en el Capítulo VII de la Carta, que se refiere a las medidas coercitivas, que comprenden las que no implican el uso de la fuerza armada, enumeradas en el artículo 41 y las que implican el uso

de dicha fuerza, enumeradas en el artículo 42.

Es insólito que se pretenda asimilar la creación de un tribunal de justicia a una medida de coerción, que se confunda la misión de impartir justicia con el empleo de la fuerza, así sea para hacer cumplir la ley.

La creación de estos dos tribunales constituye una gran frustración para quienes propugnamos desde hace tiempo la existencia de un tribunal penal internacional permanente, cuya creación, estructura, composición, competencia y jurisdicción debe ser el fruto de un amplio consenso de la comunidad internacional, fundado en la igualdad jurídica de todos los Estados.

La creación y elección de un tribunal de tal naturaleza debería basarse en los estudios hechos hasta ahora sobre el tema, en particular los realizados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas por encargo de la Asamblea General y tener en cuenta los precedentes en materia de creación de tribunales supranacionales, como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## V. La Asamblea General.

Es el órgano principal de las Naciones Unidas, donde están representados todos los Estados Miembros. Puede ocuparse de todos los asuntos que competen a las Naciones Unidas establecidos en la Carta, pero debe abstenerse de intervenir cuando el Consejo de Seguridad se está ocupando de una controversia o situación, salvo que éste se lo solicite (artículo 12 de la Carta). La Asamblea General es la instancia

superior legislativa de las Naciones Unidas.

Tiene seis Comisiones principales, de las cuales la Tercera se ocupa de los derechos humanos. La Asamblea tiene varios órganos subsidiarios (Comités especiales) que se ocupan de temas específicos relacionados con los derechos humanos.

De acuerdo con los arts. 9 y 18 de la Carta, cada Estado miembro de la ONU tiene un solo voto en la Asamblea General, pero tiene derecho a estar representado hasta por cinco personas (artículo 9, inciso 2 de la Carta).

Para comprender el significado de esta disposición, dice el profesor Benedetto Conforti, hay que remontarse al Pacto de la Sociedad de las Naciones, que contenía una disposición semejante. Así lo quisieron los redactores del Pacto para asegurar la presencia de personas que no representaban a los gobiernos sino a los gobernados, portadores de opiniones y de intereses diferentes e incluso opuestos. El voto debe ser único, el del representante del gobierno, pero convendría que cada gobierno trate de hacer intervenir varias voces en la etapa de la discusión. "Así se remediará, por los menos en parte -dijo el presidente W. Wilson en su discurso ante la Conferencia de la Paz el 14 de febrero de 1919- el hecho de que la Asamblea de la Socie-

dad de las Naciones sea un conjunto de delegados estatales y no un parlamento mundial...".

Hay que luchar -dice el profesor Conforti- para conseguir que se propague la idea de la democratización de las organizaciones internacionales (5).

## NOTAS:

(1) Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, Ordenanza No. 1 del 26 de enero de 1971, en CIJ, Recueil 1971.

(2) Hans Kelsen, *The law of the United Nations*, London, Stevens and Sons Limited, 1950, págs. 279 y siguientes, particularmente 288 a 292.

(3) Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, Ed. Aguilar, España, 1974, págs. 445-446 y Sidney Bayley, *Voting in the Security Council*, Indiana University Press, USA, 1969, págs. 12-15.

(4) *Conférence des Nations Unies sur la sucesion d'Etats en matière de Traités*, Vol. III, 1978, Nations Unies, p. 10.

(5) Benedetto Conforti, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1988, V, Tome 212, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1991, p. 123. **R**

## Una propuesta interdisciplinaria para una sociología del derecho "renovada"

MARIA JOSE FARIÑAS DULCE\*

**E**l contenido del presente artículo coincide parcialmente con la **introducción** y presentación de un libro recientemente aparecido en España, en coautoría entre los profesores André-Jean ARNAUD y María José Fariñas Dulce (1), en el cual hemos pretendido aportar una visión interdisciplinaria y constructivista del actual análisis sociológico de los sistemas jurídicos, basándonos en una epistemología sistémica.

La Sociología del Derecho, tal y como se ha fundamentado y desenvuelto, especialmente, en Europa, marcada por la eterna confrontación con la Dogmática Jurídica y, consecuentemente, por su difícil relación e incardinación con la Ciencia Jurídica, por las irreconciliables posturas de los sociólogos y los juristas, y marcada, en fin, por una metodología positivista, cuantitativa y descriptivista, entró en **crisis** (2),

\* Profesora Titular de Filosofía y Sociología Jurídicas. Universidad "Carlos III" de Madrid.

apenas comenzó su definitiva institucionalización académica en la década de los años setenta en toda Europa, salvo -como es sabido- en España. Incluso, la propia terminología de "Sociología del Derecho" o "Sociología Jurídica" suena hoy día un tanto anticuada. Por otra parte, los propios movimientos **críticos del Derecho** han dirigido sus críticas hacia la Sociología del Derecho tradicional, que se había realizado hasta las décadas de los años setenta y ochenta, por ser excesivamente formalista y legitimadora del orden establecido, demasiado avalorativa, demasiado acrítica y demasiado descriptiva (3).

Finalmente, se ha producido, también, en las últimas décadas un significativo cambio de paradigmas en la Sociología del Derecho, así como la aparición o recuperación, en algunos casos, de **otras** metodologías o, incluso, la consolidación de un pluralismo metodológico en los estudios socio-jurídicos.

Todo lo apuntado conlleva -a mi juicio- la necesidad de buscar una nueva forma de entender y fundamentar los estudios e investigaciones socio-jurídicas o, incluso, una especie de Sociología del Derecho renovada, que debería "dirigirse hacia" (versus) el **Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos**, entendido como un proyecto científico interdisciplinario y constructivista.

## UNA BREVE REFERENCIA HISTÓRICA A LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO.

La Sociología del Derecho nació marcada por su confrontación con la Ciencia Jurídica, y como reacción al formalismo, dogmatismo y

legalismo, que eran las características dominantes de esta última, a principios del siglo XX. En concreto, en la tradición de la cultura jurídica europea, la Sociología del Derecho se manifiesta principalmente a través de los movimientos sociologistas y antiformalistas, desarrollados dentro del propio pensamiento jurídico a principios del siglo XX, los cuales supusieron una reivindicación de la perspectiva socio-cultural y socio-histórica del Derecho, así como una reivindicación de mayor flexibilidad en los mecanismos de funcionamiento interno de los sistemas jurídicos. Desde la Jurisprudencia de Intereses -que aportó la idea de **fin** y, sobre todo, las ideas de **interés** y de **conflicto**, como elementos básicos de toda construcción científica del Derecho (4)-, pasando por el Movimiento del Derecho Libre -que defendió una concepción **pluralista** del Derecho y de sus fuentes de producción, así como una concepción **sociológica** de la Ciencia del Derecho y un rechazo a los dogmas de la lógica deductiva y de la plenitud del ordenamiento jurídico (5)-, hasta las denominadas corrientes realistas -que pretendieron elaborar una **teoría sociologista del Derecho**, partiendo de una redefinición de todas las categorías jurídico-ficticias elaboradas por la Dogmática (6)-, se produjo toda una corriente **crítica** frente a las construcciones científicas del Derecho realizadas por los juristas, que tuvieron como fruto la introducción -y posterior consolidación académica- de una perspectiva de análisis del Derecho novedosa hasta ese momento, cual era la perspectiva sociológica del Derecho o Sociología Jurídica.

Posteriormente, la institucionalización y

desarrollo de la Sociología del Derecho, como disciplina académica, se realizó, casi siempre, en el seno de los Departamentos de Teoría y Filosofía del Derecho, lo cual condicionó notablemente la forma en que se ha ido desarrollando el contenido de dicha disciplina. En efecto, los sociólogos del Derecho en Europa -con la excepción de los países escandinavos, que han estado notablemente influenciados por la cultura anglosajona- han prestado más atención a la dimensión epistemológica, metodológica, histórica, teórica y sistemática de la Sociología del Derecho, en detrimento de la perspectiva empírica de la misma, obstaculizando, a su vez, el desarrollo de sociologías jurídicas particulares. Esto dio lugar, a que, en el ámbito de la doctrina centroeuropea, la Sociología del Derecho hasta la década de los años setenta se haya visto reducida, o bien a un mero **sociologismo jurídico**, o bien a una mera **teoría sociológica del Derecho**. Esto se produjo así, porque el traspasar los límites de una Sociología del Derecho **teórica, histórica y metodológica** implicaba forzar en extremo la coherencia teórica y metodológica de los profesionales de las disciplinas filosófico-jurídicas, dado que el método de análisis empírico, propio de la Sociología del Derecho, es radicalmente diferente del propio de la materia filosófico-jurídica. Especialmente, si tenemos en cuenta cuáles eran los fundamentos epistemológicos dominantes en las ciencias sociales hasta la década de los años setenta, a saber: la metodología descriptivo-positivista, que propugnaba una Sociología del Derecho avalorativa, apolítica, acrítica, determinista y descriptivista, basada en el reduccionismo

epistemológico del "cientificismo", todo lo cual resultaba bastante incompatible con la labor esencial del filósofo del Derecho, que consistía, fundamentalmente, en **valorar y criticar**, no en describir acríticamente.

Esta vinculación de la Sociología del Derecho con la Filosofía del Derecho ha tenido todavía dos consecuencias, que han condicionado el desarrollo posterior de aquélla.

La primera afecta a la relación de los juristas con la Sociología del Derecho o, si se quiere, a la relación de ésta con la Ciencia Jurídica. La Sociología del Derecho ha corrido la misma suerte que la Filosofía del Derecho en relación con lo que podemos denominar "juristas" en sentido estricto. Al igual que el filósofo del Derecho, durante décadas, se ha visto obligado a justificar su labor y su disciplina en los propios planes de estudio de la Licenciatura en Derecho, también el sociólogo del Derecho se ha visto, y se ve hoy día todavía en algunos países (7), obligado a justificar día a día la importancia y la necesidad de su actividad, tanto para la formación académica de los juristas, como para el mejor funcionamiento del propio sistema jurídico, frente a la oposición radical de los propios juristas. La propia historia de las relaciones entre Ciencia Jurídica y Sociología del Derecho es bastante significativa. Esta última se abrió paso no tanto justificando su propia identidad científica, como criticando los errores y los reduccionismos en que la Ciencia Jurídica había incurrido, y a veces, incluso, desvalorizando científicamente a la misma Ciencia Jurídica. Los juristas dogmáticos, por su parte, siempre han considerado a la Sociología del Derecho como una disciplina

menor e instrumental, sometida a la Ciencia Jurídica (KELSEN) o, en el mejor de los casos, como algo de “sociólogos”, lo cual proviniendo de ellos tenía una clara connotación peyorativa.

Por otra parte, el hecho de que tradicionalmente se ha fundamentado la autonomía científica de la Sociología del Derecho en un aspecto metodológicamente **externo**, ha favorecido el desarrollo de una especie de “Sociología del Derecho de los sociólogos” o -como la ha denominado FEBRAJO- una “sociología de las instituciones jurídicas” o de la “eficacia” del Derecho (8), más ocupada en estudiar la eficacia de las normas y de las instituciones jurídicas, los comportamientos de los destinatarios de aquéllas, las organizaciones sociales o, en pocas palabras, los “hechos del Derecho”, que de afrontar desde **dentro** los problemas estructurales y de funcionamiento interno de los propios sistemas jurídicos, en conexión también con sus contextos culturales, políticos y económicos. Esta toma de postura inicial dio lugar a que se considerara, que la Sociología del Derecho era una parte de la Sociología General, que estudiaba el Derecho desde **fue- ra** (9), mientras que la Ciencia Jurídica lo estudia desde una perspectiva interna, con lo cual se produjo, cada vez más una separación e, incluso, incomunicación entre la Sociología del Derecho y la Ciencia Jurídica, como perspectivas científicas paralelas -que nunca encontraban un punto de unión-, las cuales estudiaban el mismo objeto desde puntos de vista diferentes.

Una Sociología del Derecho, así entendida, incurría en un **reduccionismo fáctico**,

olvidando que los denominados “hechos del Derecho” no se nos presentan de antemano, en forma bruta, en la realidad empírica, sino que son “construidos” mediante un proceso de interacciones entre objeto de conocimiento y sujeto cognoscente, y olvidando, también, que el carácter esencialmente “jurídico” de esa denominada “facticidad” del Derecho no puede ser ignorado o entendido exclusivamente en términos de acción social o de organización social.

La segunda consecuencia antes aludida -y estrechamente relacionada con la anterior- se refiere a la, hasta ahora, “irreconciliable” postura de los juristas y de los sociólogos en torno a cómo ha de entenderse y desarrollarse la Sociología del Derecho. Ambas posturas están enmarcadas en una serie de **dogmas o mitos**, que, de ahora en adelante, debemos desmascarar:

- La tensión entre la perspectiva “interna” y la perspectiva “externa”, esto es, la tensión entre una Sociología del Derecho de los juristas y una Sociología del Derecho de los sociólogos.

- La autodefinición del sociólogo del Derecho como observador, pretendidamente, acrítico y objetivo, que describe solamente “hechos” del Derecho.

- El dogma de la radical separación entre el ámbito del “ser” y el ámbito del “deber ser” (la fragmentación entre “hecho” y “valor”), con la consiguiente crítica realizada por los juristas a los sociólogos de dedicarse solamente al estudio del “ser”, esto es, de la “facticidad”, o en el mejor de los casos, de mezclar ambos ámbitos de conocimiento, transgrediendo, así, otros

de los dogmas tradicionalmente defendido por los juristas dogmáticos, cual es: la imposibilidad de pasar legítimamente de un ámbito al otro, sin romper la coherencia cognoscitiva (10).

- El empeño -a veces infructuoso- de delimitar y definir el **objeto** de conocimiento de la Sociología del Derecho. A lo largo de los años, los juristas y los sociólogos no se han puesto de acuerdo en esta materia: o bien, se le ha negado a la Sociología del Derecho la posibilidad de formalizar su objeto de conocimiento y, consecuentemente, se ha predicado su dependencia y su carácter auxiliar con relación a la Ciencia Jurídica (postura Kelseniana); o bien se ha delimitado el objeto de conocimiento de la Sociología del Derecho en términos de acción social o de comportamientos (posturas sociologistas) y, en definitiva, en términos antinormativistas.

Quizá haya llegado el momento de desmitificar estos dogmas: de compaginar la perspectiva interna y la perspectiva externa de la Sociología del Derecho, desde una perspectiva **interdisciplinaria y crítica**; de transgredir los lindes respectivos del ámbito del “ser” y del ámbito del “deber ser”, lo cual implicaría transgredir, también, los postulados epistemológicos del positivismo descriptivista y dar cabida a las dimensiones políticas, económicas y valorativas del Derecho; y, por último quizá haya llegado el momento de no perdernos indefinidamente en el debate sobre la formalización del objeto de conocimiento de la Sociología del Derecho, y de admitir, que ésta no tiene, en realidad, un objeto de conocimiento propio y autónomo, sino que la Sociología del

Derecho estudia el Derecho en su totalidad y en sus interacciones con diferentes factores sociales (política, cultura, economía, etc...). Lo que debe unir a los diferentes investigadores, con formaciones académicas diversas (juristas, economistas, sociólogos, antropólogos,...), que se acercan al análisis del Derecho desde la óptica sociológica, es el interés por contribuir a un **proyecto científico interdisciplinar**, donde tengan cabida, también, los aspectos económicos, políticos y valorativos, más allá de las iniciales posturas “sociologistas” o “realistas” de la Sociología del Derecho tradicional (11).

## EL ANALISIS SOCIOLOGICO DE LOS SISTEMAS JURIDICOS COMO PROYECTO INTERDISCIPLINARIO.

Comenzaba este artículo diciendo, que el término Sociología del Derecho tiene una cierta connotación anticuada, y que prefería hablar de **Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos**. El cambio de terminología no es un capricho, ni refleja simplemente una preferencia semántica, sino que tiene tras de sí otros cambios, que -a mi juicio- han influido en la forma de enfocar y entender actualmente los estudios e investigaciones socio-jurídicas (12). Veámos a continuación algunos de ellos:

En primer lugar, es inevitable hablar de un cambio metodológico en las Ciencias Sociales, que ha afectado también a la Sociología del Derecho (13). En las últimas décadas hemos asistido a una fuerte crisis de la metodología positivista en todos los ámbitos (filosófico, científico, jurídico), y también en el ámbito

sociológico. Los principios del descriptivismo, del determinismo, del cientificismo, de la objetividad absoluta, de la radical separación entre sujeto cognoscente y objeto de conocimiento, de la incomunicación entre el mundo del "deber ser" y el mundo del "ser" y, en fin, del monismo o reduccionismo epistemológico, han sido puestos en tela de juicio en las dos últimas décadas (14). Frente a esta lógica positivista se ha producido un regreso a otras teorías epistemológicas, tales como el interaccionismo simbólico, la fenomenología, la epistemología constructiva, la epistemología comprensiva, la epistemología genética, los métodos sociológicos de análisis de sistemas y, consecuentemente, se ha producido también un auge e interés por los aspectos microsociológicos en detrimento de los macrosociológicos; todo lo cual ha permitido dar sentido interpretativo a los meros datos del análisis empírico-cuantitativo. Desde este pluralismo metodológico, imperante en la actualidad en las Ciencias Sociales, el Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos debe partir de la consideración de que el Derecho no es un objeto de conocimiento dado de antemano, a priori, que se observa externamente y se describe, sino que debe ser construido en base a diferentes intereses cognoscitivos, donde el investigador es parte también de lo que investiga (15).

En segundo lugar -y junto al referido cambio metodológico- se ha producido también, en las dos últimas décadas, un cambio de paradigmas que afectan directamente a los estudios socio-jurídicos (16). Por ejemplo, emerge cada vez con más fuerza la vieja idea

del **pluralismo**, tanto social, como cultural y jurídico y, consecuentemente, el rechazo a que todo lo "jurídico" se identifique con el derecho estatal, al menos desde un punto de vista práctico. Va tomando auge la idea, según la cual coexisten una pluralidad de sistemas jurídicos (o formas alternativas de normatividad) a veces armónicamente y otras no; y, por tanto, la ecuación "todo lo jurídico es igual a derecho estatal" se pone en tela de juicio, desde diferentes sectores. Pero la idea del **pluralismo** va más allá: en la actualidad se habla cada vez con más fuerza del **pluralismo en las fuentes del Derecho**, lo cual se traduce en una mayor participación de la "sociedad civil" en la producción normativa; así como de un **pluralismo en los medios**, a veces formales, otras informales o alternativos (por ejemplo los "street comitees") **de resolución de conflictos**, dando lugar a lo que ya se denomina un **pluralismo judicial**.

Otra idea, hoy significativa en el ámbito de los estudios socio-jurídicos, es la de la **indeterminación**, que, por otra parte, ha sido uno de los elementos filosóficos más defendidos por el movimiento conocido como **Critical Legal Studies**, desarrollado a partir de la década de los años setenta en los Estados Unidos (17). Según esta tesis, todas las decisiones jurídicas (las legales, las judiciales e, incluso, las constitucionales) están marcadas por la característica de la **indeterminación** (18), que **no** arbitrariedad. Esto quiere decir, que el conjunto del sistema jurídico (con todo su material legislativo y sus técnicas de razonamiento jurídico) no siempre tiene un respuesta específica para cada problema o cuestión

jurídica planteada, en contra de lo que las tesis del formalismo jurídico habían venido sosteniendo; sino que, incluso, con el mismo material jurídico se puede llegar a soluciones diferentes y, aún a veces, contrarias (19). Esto plantea, a su vez, la necesidad de reconocer la existencia de lo que se ha denominado espacios de "no derecho" en las decisiones jurídicas, lo cual es especialmente sensible al análisis sociológico.

Por otra parte, en el ámbito de los estudios socio-jurídicos se ha producido, en los últimos años, una apertura hacia la política y la economía, principalmente. Es ésta, también, una aportación de los movimientos "críticos" del Derecho, ya que éstos consideraban que, tanto la Teoría Jurídica como la Sociología del Derecho tradicionales, se movían en unos parámetros excesivamente formalistas y descriptivistas. De esta forma, la Sociología del Derecho tradicional tan sólo aportaba una reivindicación realista o sociologista de aproximación al Derecho, pero manteniendo el mismo presupuesto descriptivista y acríptico de la Teoría Jurídica. Frente a esto, los desarrollos actuales del Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos toman en consideración también la dimensión política y la económica del Derecho, así como la valorativa. Desde un punto de vista cognoscitivo y explicativo de las interrelaciones entre Derecho y Sociedad, aquél no puede ser aislado de sus propios contextos socio-políticos y socio-económicos e, incluso, socio-antropológicos, ya que todos ellos forman parte de la dimensión sociológica del Derecho (20).

Todo esto nos lleva, por fin, a la caracterís-

tica -a mi juicio- más determinante del actual Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos, cual es, la **interdisciplinariedad**. Interdisciplinariedad, entendida en el sentido propuesto, tanto por la epistemología genética de J. PIAGET, cuanto por la **General System Theory** (Teoría General de Sistemas), propuesta por Ludwig von BERTALANFFY; así como en el sentido propuesto, también, por la Antropología Filosófica, que rechaza la clásica diferenciación y fragmentación del saber humano en disciplinas académicas incomunicadas y jerarquizadas (**transdisciplinariedad**).

El desarrollo actual de los estudios socio-jurídicos está marcado, no sólo por la inevitable colaboración y el inevitable entendimiento entre juristas y sociólogos -cosa que la Sociología del Derecho tradicional no consiguió-, sino entre juristas y otros investigadores de formaciones académicas diversas (economistas, politólogos, criminólogos, asistentes sociales, antropólogos, psicólogos,...). Se trata de que especialistas de disciplinas científicas y académicas diversas trabajen conjuntamente por un proyecto científico común, cual es: el estudio e investigación empírica de las relaciones entre Derecho y Sociedad, en su sentido más amplio. Evidentemente, este planteamiento tiene una premisa importante, que consiste en superar las viejas controversias entre juristas y sociólogos en torno a cuál debe ser el **objeto** de conocimiento de la Sociología del Derecho, puesto que ya hemos visto cómo a lo largo de los años ni unos ni otros han conseguido llegar a un punto de acuerdo. Nada merma el interés científico ni la legitimidad de las investigaciones socio-jurídicas, el reconocer que esta So-

ciología del Derecho "renovada", que proponemos, **no** tiene un objeto de conocimiento propio e independiente, incluso ni siquiera tiene una metodología propia e independiente, y, además, su delimitación fronteriza con otros saberes jurídicos y otras ciencias humanas **no** se puede establecer tajantemente. El actual Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos ni se ocupa sólo de comportamientos u organizaciones sociales, ni sólo de instituciones jurídicas y operadores jurídicos, sino de todo lo que forma parte del sistema jurídico en su totalidad, considerado en relación con su contexto sociológico. Se trata de contribuir, por tanto, a la realización de ese proyecto científico común, consistente en las investigaciones y estudios socio-empíricas de los sistemas jurídicos, desde un punto de vista **constructivista**.

Por último, el actual Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos, con las características hasta ahora señaladas, debería -a mi juicio- constituirse como un análisis **permanentemente crítico** del funcionamiento interno de los sistemas jurídicos, que contribuya a conseguir una cada vez más armónica relación entre las reglas y técnicas jurídicas y las exigencias de la totalidad de la sociedad. De esta manera, se recupera, junto a las ya tradicionales funciones cognoscitivas e instrumentales de la Sociología del Derecho, la función **crítica** de la misma, que fue propuesta y defendida por los movimientos críticos del Derecho, tanto en Europa (Escuela de Frankfurt y la corriente de la Kritische Rechtssoziologie) como en los Estados Unidos (Critical Legal Studies) desde la década de los años setenta.

Este proyecto interdisciplinario, aquí defendido, favorece especialmente una reflexión permanentemente **crítica**, tanto desde el punto de vista epistemológico, como desde el punto de vista de los contenidos del análisis, en orden a conseguir una fructífera dialéctica entre **saber y realidad**.

#### NOTAS:

(1) Cfr. André-Jean ARNAUD y María José Fariñas Dulce, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III -BOE, 1996.

(2) A la referida crisis de la Sociología del Derecho subyace una crisis más profunda, que podría resumirse en la crisis epistemológica de la Sociología Positivista. Al respecto, véase: C. WRIGHT MILLS, *La imaginación sociológica*, trad. cast. de F.M. Torner, F.C.E., 1993; A. GIDDENS, *Las consecuencias de la modernidad*, trad. cast. de A. Lizón, Madrid, Alianza Ed., 1993; E. LAMO DE ESPINOSA, *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, Madrid, C.I.S., 1990; A. TOURAINE, *Crítica a la modernidad*, trad. cast., de M. Armíño, Madrid, Temas de Hoy, 1993; y, P. BOURDIEU, J.C. CHAMBOREDON y J. C. PASSERON, *El oficio de sociólogo*, trad. cast. de F.H. Azcurra, Madrid, Siglo Veintiuno, 1994.

(3) Desde una perspectiva más amplia, Boaventura DE SOUSA SANTOS, ha denunciado cómo la actitud de los sociólogos, tradicionalmente, "ha oscilado entre la distancia crítica con relación al poder instituido y el comportamiento orgánico con él, entre guiarlo y servir-

lo". Sin embargo -prosigue el autor-, "los desafíos que tenemos enfrente nos exigen salir de este péndulo. Ni guiar, ni servir. En lugar de distancia crítica, la proximidad crítica. En vez de compromiso orgánico, la libre involucración. En lugar de serenidad autocomplaciente, la capacidad de espanto y de revuelta": B. de SOUSA SANTOS, *Cinco desafíos a la Imaginación Sociológica*, en "No hay derecho", No. 8, 1992, pág. 31.

(4) Estas ideas fueron aportadas por Rudolf von JHERING, en la, que se ha denominado, segunda etapa de su pensamiento, marcada por un cierto talante sociologista del Derecho, que se puede observar en tres de sus obras más importantes: *Der Zweck im Recht*, Hildesheim-New York, Georg Olms Verlag, 1970, 2 vols.; existe traducción castellana a cargo de D. Abad de Santillán, México, Ed. Cajica, 1961-62; *Der Kampf ums Recht*, 1872, existe traducción castellana a cargo de A. Posada, con un excelente prólogo de L. Alas, "Clarín", Madrid, 1891 (reimprimido en 1985 por la Ed. Cívitas con una presentación de L. Díez Picazo); y, finalmente, una obra donde JHERING perfila una clarísima -y burlona- crítica contra la Jurisprudencia Dogmática y contra la Jurisprudencial Conceptual, titulada *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884, 9ª ed. Leipzig 1904, existe traducción castellana a cargo de T. A. Banzhaf, bajo el título *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1974.

(5) Los autores más conocidos del referido movimiento son Eugen EHRlich y Hermann KANTOROWICZ. La casi totalidad de las obras y artículos publicados por EHRlich se encuentran en la actualidad recopilados por M.

REHBINDER en dos volúmenes titulados: *Rechts und Lebe. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre* von Eugen Ehrlich, Berlín, 1967; y, *Gesetz und lebendes Recht*, Berlín, 1986. Respecto a la obra de KANTOROWICZ, éstas se encuentran recopiladas por Thomas WÜRTEMBERGER, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1962.

(6) Dentro de las corrientes realistas, y en concreto en el ámbito cultural europeo, podemos destacar el Realismo Jurídico Escandinavo, con Alf ROSS como figura más representativa, con su obra titulada, *On Law and Justice*, Stevens and Sons Limited, London, 1958; existe traducción castellana a cargo de G.R. Carrió, en Eudeba, Buenos Aires, 1977.

(7) El ejemplo español, con respecto a la reciente elaboración de los nuevos Planes de Estudio es paradigmático.

(8) A. FEBBRAJO, *Sistemas Sociológicos y Teoría Jurídica. Algunos dilemas de una Sociología del Derecho "crítica"*, en R. BERGALLI (Coord), *El Derecho y sus realidades*, Barcelona, P.P.U., págs. 71-100; más ampliamente desarrolla todas estas ideas en, *Per una sociologia del diritto "critica"*, en Uberto SCARPELLI y Vincenzo TOMEO (Eds.) *Società, norm e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milano Giuffrè, 1984, págs. 227-258, aquí el autor habla de la "Sociología sin Derecho".

(9) En este sentido se manifestó Jean CARBONNIER, *Sociologie Juridique*, París, Librairie Armand Colin, 1972; se cita aquí la traducción castellana de L. Díez-Picazo, *Sociología Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1977, págs. 17. En España, una postura similar fue defendida

por Elías DIAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1991; y por L. GARCIA SAN MIGUEL, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Universidad Complutense, Madrid, 1985, págs. 63-120.

(10) Cfr. al respecto la propuesta de superación el dogma de la separación entre el mundo del "ser" y el del "deber ser", dada por André-Jean ARNAUD, *El concepto de "razón jurídica" como modelo de superación de la oposición tradicional entre el ser y el deber ser*, en *El derecho sin máscara*, San Sebastián, Laboratorio de Sociología Jurídica, 1990, págs. 167-183. Más ampliamente, también en: *Où va la Sociologie du droit?*, París, L.G.D.J., págs. 346 y ss.

(11) Cfr. François OST, *Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit*, en *Rechtstheorie*, No. 17/1986, págs. 86-110; y André-Jean ARNAUD, *Droit et Société: du constat à la construction d'un champ commun*, en *Droit et Société* 20/21, 1992, págs. 17-37.

(12) Cfr. Rita J. SIMON y James P. LYNCH, *The Sociology of Law: Where we have been and where we might be going*, en *Law and Society Review*, No. 23/5, 1989, págs. 825-846.

(13) Cfr. al respecto la bibliografía citada en supra nota No. 2; y, también, Jacques COMMAILLE y Marie-Pierre MARMIER-CHAMPENOIS, *Los métodos de la Sociología Jurídica en relación con los métodos de la Sociología General*, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, No. 24, 1985.

(14) Cfr. al respecto, María José FARIÑAS DULCE, *Filosofía del Derecho "versus" Teoría del Derecho*, en *Anuario de Filosofía del*

*Derecho*, Madrid, 1992, págs. 207-222, y la bibliografía allí citada.

(15) Cfr. al respecto las opiniones de A.J. ARNAUD, *Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne*, en *Droit et Société*, No. 17-18, 1991, págs. 38-55; y Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Droit: une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit*, en *Droit et Société*, No. 10, 1990, págs. 363-390.

(16) Cfr. David NELKEN, *Changing Paradigms in the Sociology of Law*, Gunther TEUBNER, *Autopoietic Law: A New Approach Law and Society*, Berlín, De Gruyter, 1988.

(17) Sobre la reciente historia de este movimiento, véase: Duncan KENNEDY, *Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos*, en *Doxa*, No. 11, 1992, págs. 283-293; Agostino CARRINO, *Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los "Critical Legal Studies"*, en *Doxa*, No. 12, 1992, págs. 115-153 (y bibliografía allí citada); R. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 2ª ed. 1986; J. BOYLE (ed.) *Critical Legal Studies*, Hampshire, 1992; Richard ABEL, *Voz: Critical Legal Studies*, en *Dictionnaire Encyclopédique de Theorie et de Sociologie du Droit*, 2ª ed., Prais, L.G.D.J. - E.J.A., 1993; y sobre la recepción en España de este movimiento, véase: Albert CALSAMIGLIA, *La retórica de Critical Legal Studies*, *Impresiones de un lector español*, en *Doxa*, No. 11, 1992, págs. 295-310.

(18) Sobre esta tesis de la indeterminación, como elemento filosófico-jurídico de los Critical Legal Studies, véase el ensayo de Joseph SINGER, *The Player and the Cards: Nihilism*

and Legal Theory, en *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, págs. 1-76, donde llega a afirmar que no sólo el material legal y el conjunto de técnicas de razonamiento jurídico son indeterminadas, sino también las teorías jurídicas, que se elaboran para justificar el propio sistema jurídico, ya que "esas mismas teorías podrían ser utilizadas para justificar cosas diferentes" (pág. 24).

Por otra parte, la defensa extrema de esta tesis ha llevado a gran parte de los autores pertenecientes al referido movimiento a caer en un nihilismo y en un escepticismo filosóficos contradictorios con su pretendida ideología política de izquierdas. Cfr. al respecto las observaciones críticas de Albert CALSAMIGLIA, *La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español*, op. cit.

(19) Esta tesis de la indeterminación tuvo una especial aplicación, por parte de los Critical Legal Studies, en el ámbito del Derecho Constitucional, habida cuenta del carácter político, que tiene la Corte Suprema en los Estados Unidos. Cfr. al respecto, Mark TUSHNET, *Critical Legal Studies y Derecho Constitucional*, en *No hay Derecho*, año IV, No. 9, 1993, págs. 32-33.

(20) Cfr. Franz von BENDA-BECKMANN, *Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht*, en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, No. 1/1991, págs. 96-119. **R**

## **Criminología y Derechos Humanos con relación al consumo y tráfico de drogas**

FERNANDO CHAMORRO\*

**P**or iniciativa de la Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos, y gracias a la cooperación del Reino de los Países Bajos, podemos compartir con ustedes, desde diversos enfoques profesionales, el tema de la administración de justicia en el Ecuador, en lo que respecta al tráfico de drogas y el respeto de los derechos humanos.

Esta actividad que hoy iniciamos, resulta fundamental por dos razones: en primer lugar, por cuanto ninguna democracia puede considerarse tal, si la sociedad desconfía de su sistema de administración de justicia. En segundo lugar, porque ningún pueblo llega a desarrollarse plenamente, si no se garantiza la respetabilidad del individuo, en el conjunto de las relaciones sociales.

---

\* Profesor de Ciencias Penales y Criminología.  
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

## LA EXPLICACION CRIMINOLOGICA.

Con el fin de explicar el fenómeno delictivo y sus consecuencias, los estudiosos de la Criminología han orientado sus preocupaciones, otorgando un énfasis particular a determinados aspectos de la investigación. Estos períodos podrían sintetizarse de la siguiente forma:

1. El primero coincide con el inicio de la ciencia criminológica, en el que trata de explicarse el fenómeno delictivo por sus **causas**, algunas de los cuales pueden considerarse todavía aceptables, aunque otras resultan, en la actualidad inadmisibles, así, por ejemplo: las características antropológicas, raza, edad, sexo, región geográfica, clima, factores sociales o económicos, analizados aisladamente, son algunas de las preocupaciones de quienes se orientan, por esta corriente llamada también **criminología etiológica**.

Esto tiene su raíz en la edad media, período en el cual se trató de buscar explicaciones de orden antropológico, al fenómeno delictivo. Así, la oftalmoscopia, la umbilicomancia y la metoscopia no constituyen sino antecedentes de estos enfoques que tuvieron hace más de cien años, en el positivismo y su más ilustre representante, César Lombroso, su momento más relevante.

2. Una segunda corriente trata de explicar el delito mediante el "control" que una sociedad ejerce sobre él. Aquí interesa la relación entre el número de policías por cada cien mil habitantes, los presupuestos asignados para el control de la delincuencia, las medidas adoptadas para enfrentar el delito, etc. Esta visión

simplista del problema delictivo, pretende unilateralmente que una actitud represiva (más policías, mejores armas, más modernos medios de comunicación o, simplemente, mayores recursos presupuestarios), debería conducir a una drástica disminución del delito y la delincuencia.

La realidad es muy distinta, pues estudios científicos serios demuestran que ni el agravamiento de las sanciones, ni mayores medidas represivas conducen a disminuir la delincuencia en su conjunto.

Puede obtenerse un resultado parcial en un primer momento; pero, como señala el profesor canadiense Maurice Cusson "con ley o sin ella, existirán personas que hundirán su cuchillo en el corazón de aquellos a quienes odian; que ingresarán violentando las seguridades en las casas ajenas, para robar sus cosas de valor; que no esperarán el consentimiento de la mujer para imponerle un coito".(1)

Un ejemplo clásico de esta situación, se dio en la disposición mediante la cual en los años 20, el gobierno federal de los Estados Unidos prohibió la fabricación y venta de alcohol. Como consecuencia de ello se constituyeron verdaderas organizaciones de delincuentes, contra las cuales el gobierno norteamericano se vio prácticamente impotente. Todavía ahora los americanos tienen que luchar con mafias poderosas que tuvieron su apogeo gracias a dicha legislación relacionada con el alcohol.

3. Desde una tercera posición, se parte de los procesos que permiten que una sociedad en un momento determinado, identifique ciertas conductas como delictivas. Es la llamada criminología de la "**reacción social**" o "**cri-**

**minología crítica**", cuyos iniciadores los ingleses Taylor, Walton y Young, plantean que existe un error, cuando se analiza el fenómeno delictivo, solamente en base de lo que los códigos penales establecen.

Según estos autores, el énfasis debe orientarse a los mecanismos, según los cuales una sociedad escoge ciertas conductas, para convertirlas en punibles.

Su razonamiento llega a señalar que es una suerte de engaño el que viven las sociedades en materia penal, cuando todo el sistema de investigación, administración de justicia y represión se orienta casi exclusivamente a los pequeños delincuentes, sin tener en cuenta que el daño que éstos producen a la sociedad es menor, frente al de los grandes delincuentes, los de "**cuello blanco**", cuyas acciones producen un perjuicio social de enormes proporciones.

Para los seguidores de la criminología crítica, es hora de pasar de la **microcriminología** a una **macrocriminología** que se ocupe de manera más seria de delitos como el tráfico de influencias, la corrupción, el uso indebido de fondos públicos, la colusión, la destrucción del medio ambiente, la violación de los derechos del consumidor, etc.

A esto sin duda tendríamos que añadir en el presente, a los grandes traficantes de drogas que, de lejos, son los que menos posibilidades tienen de hallarse en la cárcel.

## LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

Esta primera aproximación a la Criminología, nos conduce al tema de la administra-

ción de justicia. A este respecto destacaremos que solamente un cabal reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de la persona, genera confianza en la justicia. De esta manera se facilita que una sociedad alcance niveles aceptables de tolerancia y de paz, lo que permite un desarrollo económico y social.

Sin embargo, el reconocimiento de los derechos individuales no puede limitarse a la incorporación de garantías y prerrogativas, acordes con estos postulados en la Carta Política del Estado o las demás leyes. La ley sirve de poco, si el conjunto del sistema judicial no cumple su función primordial que es lograr la vigencia real de la justicia.

Entonces, debe fortalecerse la posibilidad concreta que tienen los ciudadanos de exigir el cabal cumplimiento de las disposiciones legales, por parte del Estado.

Para ello debe darse la mayor atención a tres principios fundamentales del derecho penal:

1. El **debido proceso**, esto es, la posibilidad de que los conflictos entre personas, y de éstas con el Estado, sean resueltos por un órgano independiente, cuya existencia sea previa, donde se garantice plenamente la defensa y que permita obtener resultados en plazos razonables. Si se respeta este principio fundamental se posibilita el respeto de los restantes principios básicos.

2. El **principio de presunción de inocencia**, mediante el cual la carga de la prueba corresponde al acusador, considerándose una violación de este principio, toda inversión de la carga de la prueba.

3. El **principio de legalidad**, concordante

con el principio de **irretroactividad de la ley penal**, según el cual surge una doble garantía para el indiciado, con relación al delito y a la pena.

Conviene interrogarnos de qué manera estos preceptos se cumplen en nuestro sistema de administración de justicia, particularmente en lo que respecta a los delitos relacionados con el narcotráfico.

## LA JUSTICIA PENAL.

Para que los requisitos señalados tengan vigencia, los tribunales penales deben garantizar tres condiciones:

1. La **inmediación**, que es sinónimo de oralidad. Si el tribunal o el juez no participan directamente en la resolución de un caso jurídico, esta tarea cae en manos de una multitud de funcionarios judiciales, a través del expediente de la delegación de funciones, lo que facilita el manejo de situaciones de enorme trascendencia humana, en funcionarios cuya formación e integridad, no siempre constituyen garantía en el proceso.

2. La **publicidad**, que otorga al acusado posibilidades reales de defensa.

3. Por último, la **concentración**, que permite obtener sentencias en plazos razonables.

Entonces, la real vigencia de los derechos de las personas se encuentra íntimamente ligada a la posibilidad de acceder a la justicia, con un sistema debidamente estructurado que garantice las condiciones para su funcionamiento adecuado.

Cuando no se cumplen estos requisitos nos encontramos frente a una justicia tradicio-

nal, cuyos defectos, según Ruth Morris son cuatro: "es costosa, es injusta, es inmoral y finalmente, es un fracaso". (2)

La misión principal del Estado es velar por el interés público o colectivo. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que los funcionarios tienen sus propios intereses individuales y, en determinados casos, tales intereses los impulsan hacia prácticas reñidas con la ley.

Surgen entonces mecanismos soterrados que permiten que el resultado final de la función pública, no sea el que la sociedad ha confiado a algunos de sus miembros.

Si a esto sumamos casos en que el sistema de administración de justicia, debe someterse al clientelismo político, a menudo primer pelotazo de la corrupción, observaremos cómo se desvirtúa el ejercicio del poder y se alteran las posibilidades de confianza de la sociedad, en su sistema de administración de justicia.

Aquí cabe tratar de la corrupción, fenómeno que ya existía en la antigüedad, particularmente en las monarquías y los gobiernos autoritarios, y está siempre vinculada con alguien que tiene poder.

La corrupción ha sido siempre una actividad exitosa y para limitar el daño que produce en la sociedad, Montesquieu planteó la necesidad del control entre los poderes del Estado. El sabía que de esta manera los procedimientos serían más lentos, pero prefería esa situación al riesgo de una autoridad única.

## NARCOTRAFICO Y DELINCUENCIA.

La principal tarea de los tribunales penales se refiere a delitos como el hurto, robo, lesio-

nes, homicidios y, desde hace pocos años, el tráfico de drogas.

Existen posiciones contrarias respecto del narcotráfico, que van desde quienes satanizan la droga y admiten el máximo rigor contra todos quienes tienen algo que ver con ella, hasta los que preconizan su legalización y venta sin limitaciones.

Cuando hablamos del narcotráfico debemos evitar caer en el error de la generalización. El narcotráfico tiene actores diversos. Unos son los que poseen enorme capacidad económica y acceso a personas influyentes en los países productores y consumidores, que, inclusive, pueden fácilmente compartir con ministros y legisladores, cuando no cobrar las cuentas de las inversiones que hicieron para el triunfo de un partido político, y otros los conocidos comúnmente como "mulas" y que responden a un perfil delictivo completamente distinto.

En esto el Estado puede resultar perverso, si se ensaña con aquellos que responden a los niveles más bajos de esta red delictiva y se hace de la vista gorda frente a los grandes narcotraficantes.

Un estudio realizado por Eduardo Morales en el Perú, demuestra las enormes diferencias entre las disponibilidades económicas de un obrero y un pequeño traficante: "mientras en un día de trabajo en la capital, un obrero no calificado gana alrededor de un dólar, un campesino que transporta un fardo de hojas secas de coca, el trabajador menos pagado en la industria clandestina, puede ganar fácilmente alrededor de tres dólares, más comida y bebida". (3)

Por delitos de narcotráfico, se hallan en las cárceles cuatro de cada diez internos en el Ecuador. Ellos son por lo general personas jóvenes, con un porcentaje elevado de mujeres, de estratos bajos, esto es, con ingresos mínimos y un limitado nivel educacional.

A menudo su prisión responde al valor probatorio que se otorga al parte informativo de la fuerza pública y a la declaración procesal del indiciado. Conviene entonces preguntarnos: ¿Qué valor real puede otorgarse a estas pruebas?. ¿De qué manera fueron obtenidas?. ¿Qué fuerza deben tener estos elementos ante el juzgador, al momento en que le corresponde decidir sobre la vida de una persona?.

Un sistema de administración de justicia que fundamenta buena parte de sus actuaciones, en lo que determinan servicios de investigación policial, deficientes o claramente corruptos, convierte en sospechosos, mediante el etiquetamiento o la estigmatización, a ciertos ciudadanos que responden a un perfil y, a través de mecanismos poco confiables o claramente viciados, los transforma en condenados.

A este respecto, al analizar el caso del Putumayo, el Ministro Fiscal Fernando Cazares señala "... la declaración que el Tribunal de lo Penal hace sobre la intervención y culpabilidad de los procesados debe estar fundamentada jurídicamente, esto es el análisis jurídico de los diversos medios de prueba constantes en el proceso. En el juicio, los miembros del Tribunal Penal... determinan que la prueba de responsabilidad de los sindicados, se basa en sus testimonios presumariales, porque en dichos testimonios, aceptan su responsabilidad, sin

considerar sus testimonios indagatorios que de conformidad con el Art. 127 del Código de Procedimiento Penal, deben ser valorizados como medio de defensa y de prueba del sindicado y los que niegan los hechos que se les imputa, atribuyendo sus declaraciones presuntivas al hecho de que fueron sometidos a tortura...”.

Bajo estas condiciones resulta un riesgo aceptar como prueba, el testimonio indagatorio realizado por la policía.

Por contraste, existen delitos cometidos por personas de otras clases sociales, como las diversas variedades de fraude y corrupción (delitos de cuello blanco), que son muy poco perseguidos, en parte porque se aducen dificultades para probarlos, pero también porque la policía, ciertos jueces, y el público en general, no siempre reconocen estas actividades como verdaderamente delictivas.

Quienes cometen estos delitos, generalmente tienen una considerable influencia política y una alta capacidad para corromper o sobornar.

La presión sobre los funcionarios judiciales y, en particular, los jueces, puede ser muy grande, pues para quien se somete a la justicia, toda su vida futura está en manos del tribunal.

Mientras menos se respete el funcionamiento del sistema penal y menor formación jurídica y recursos técnicos tenga el abogado que asesora o representa a las partes, mayor será la tentación de asumir el papel de corruptor. Si las limitaciones de formación se presentan en quien administra justicia, será más fácil que el juez sea víctima de la extorsión.

Como los procesos son sobre montos cada

vez más altos, la reciedumbre ética de los jueces es muy importante para garantizar una administración de justicia confiable.

## EL ECUADOR Y EL NARCOTRAFICO.

En los últimos tiempos las autoridades de policía han tratado de demostrar que el Ecuador es país importante en la red del narcotráfico mundial e, inclusive, se ha afirmado que pasó de su condición de país de tránsito a la de país productor.

Algunos especialistas estiman que estas declaraciones se orientan a sensibilizar a los Estados Unidos, para obtener mayores contribuciones financieras para la policía.

A este respecto la lógica puede ayudarnos. Si, como lo señalan estudios confiables, Bolivia, Colombia y Perú son la fuente del 95% de la cocaína que se introduce ilegalmente en los Estados Unidos, tenemos que admitir que nuestro país resulta todavía marginal, por más que pretenda darse visos espectaculares a los comisos de droga en el Ecuador.

No podemos negar que entre 1990 y 1996 los comisos se han incrementado. Pero, aparte de la banda de los “reyes magos”, en el Ecuador no se ha desmantelado ninguna mafia organizada. Lo que se han descubierto son redes de amigos y parientes que comercian con droga.

No obstante, como señalamos antes, cuatro de cada diez internos de las cárceles ecuatorianas están acusados de tráfico de drogas.

Con la Ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas aprobada en septiembre de 1990, debido a presiones internacionales claramente conocidas y que responden a un mismo

patrón en todos los países andinos, nuestro sistema ha incorporado una serie de mecanismos de represión, algunos de los cuales convierten a campesinos inocentes en seres vulnerables a toda clase de abusos.

Por ello se ha señalado que en los países andinos “quienes más se benefician económicamente del tráfico de cocaína son los responsables de luchar en su contra, lo que distorsiona su función social de agentes de la ley y del orden... El campesino sospechoso tiene la opción de ir a la cárcel por su crimen o estregar sus ahorros para salir libre... Literalmente, la policía persigue a cualquier persona que “huela” a dinero”. (4)

El papel de los abogados resulta también sui géneris en esta materia. Para unos el delito del narcotráfico puede constituir un “negocio rentable”, para otros, un riesgo que vulnera su prestigio profesional. En los dos casos se ve claramente quienes son las víctimas.

Como en toda la cadena de lo delictivo, el tratamiento siempre resulta más riguroso para los más débiles.

El caso reciente del joven José Manrique, muerto en Quito por la policía en circunstancias aún no explicadas, debe conducirnos a otra reflexión.

A menudo la criminalización recae directamente sobre individuos que son adictos y eventualmente recurren al tráfico para atender a su propio consumo. Mediante una legislación altamente represiva, se golpea principalmente a los últimos eslabones de esa enorme cadena de producción y distribución de droga.

Muy frecuentemente se pone en el mismo plano a consumidores y traficantes, y dada la

ineficacia para atacar a quienes deben ser combatidos, se descarga toda la rabia contra seres indefensos.

En la ley vigente la sanción es universal e indiscriminada para todo tipo de traficante, trátese del más alto capo de la mafia, un mediano o un pequeño traficante que, en forma totalmente ocasional, y a veces para subsistir, comete dicho delito.

El énfasis en la represión olvida que la verdadera lucha debe darse contra quienes dirigen la producción y distribución de drogas peligrosas, otorgando una atención particular a los toxicómanos y propiciando acciones serias de educación para la prevención.

¿Qué razones hay entonces, para que el apoyo de ciertos países y organismos internacionales se oriente a la represión, antes que a la educación que debe constituir preocupación principal en nuestros países?

Un dato puede ayudarnos a comprender mejor esta situación.

Según señala Adrián Bonilla, la cooperación de Estados Unidos, para actividades relacionadas con el narcotráfico en el Ecuador, alcanzó en 1992 a cuarenta millones de dólares. En 1996 esta cooperación fue solamente de un millón. De este millón de dólares, US \$ 994.000 se orientan al apoyo a la policía, US \$ 18.000 sirven para la educación contra las drogas.

## DERECHOS HUMANOS Y NARCOTRAFICO.

Antes de señalar algunas de las violaciones a los derechos humanos, originadas en el

narcotráfico, recordemos que los derechos del hombre, tal como hoy los conocemos, son resultado de una serie de conquistas de la civilización y tienen al respeto de ciertos valores que son immanentes a la naturaleza humana.

No se trata de derechos cuyo énfasis esté dado en la antropología o la fisiología de la persona, aunque también se la considera fundamental. Se refieren a aspectos de orden corporal y de orden espiritual, esto es, responden a esa unicidad característica del ser humano.

Por ello, cuando hablamos de derechos humanos nos referimos de manera específica a la persona, dotada de un cuerpo, pero, al mismo tiempo, de conciencia, pensamiento, valores, sentimientos y emociones.

Esa persona goza en el seno de la sociedad de un estatuto jurídico, esto es, de múltiples derechos que deben ser garantizados por el Estado, aunque, como lo señala el francés Mourgeon, el mismo Estado puede convertirse "en el proveedor o el sepulturero de los derechos del hombre, y muy a menudo, más sepulturero que proveedor".

La violación de los derechos humanos no es un tema reciente. Estamos tan habituados a ello que a menudo aceptamos plácidamente la violación de los derechos de ciertas personas, por parte de los órganos del Estado.

Con el análisis anterior, he procurado destacar las incongruencias que se producen en la investigación, juzgamiento y represión del narcotráfico. Resulta evidente que en muchos casos, se violan de manera flagrante disposiciones relacionadas con los derechos humanos.

De acuerdo con el derecho internacional público, aquellos tratados que un Estado ha ratificado, ingresan automáticamente al ordenamiento jurídico del país ratificante.

El derecho internacional de los derechos del hombre abrió el espacio al "ius cogens", cuyas normas son imperativas, indisponibles e inderogables. Por ejemplo, ninguna nación del planeta puede disponer mediante ley que los hombres nacen desiguales en libertad y derechos, que son distintos frente a la ley, o que pueden vender su libertad.

Por ello resulta extraña la escasa incorporación de normas del derecho internacional público, en las sentencias relacionadas con casos de narcotráfico. Quizá esto se deba a esa especie de "satanización de la droga" que viene a justificar conductas que vulneran los derechos de las personas.

Me referiré solamente a algunas de ellas, frecuentes en estos casos: la presunción de inocencia; la tortura, las detenciones y confiscaciones arbitrarias; la detención preventiva como medida excepcional en el proceso penal; el abuso y daños producidos en las personas y bienes.

Si observamos con sentido crítico las informaciones de los medios de comunicación social, encontraremos diariamente flagrantes violaciones de los derechos del hombre. No es posible que por pereza, indiferencia o cobardía, continuemos mirando pasivamente estos actos, convertidos en cómplices por inacción de estas injusticias.

Al amparo de la "Ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas" se vulneran varios principios básicos de la administración

de justicia y del respeto de los derechos humanos, pues el narcotráfico se ha convertido en el más grave delito de todo nuestro sistema penal, peor aún que el asesinato, por la valoración que se otorga a las penas.

Los efectos de esta ley son evidentes, por ella se nutren las cárceles ecuatorianas y se permiten excesos de los aparatos de represión, cuyas atribuciones se han multiplicado, con el silencio cómplice de una sociedad impávida ante estos abusos.

Ya era hora de que al amparo de la racionalidad y la justicia, comencemos a reflexionar sobre estos fenómenos que en un altísimo porcentaje tienen como antecedente la injusticia, la miseria, el hambre y, en ocasiones, esa adicción a medidas fáciles para hacer dinero mediante mecanismos ilegales.

Preguntemonos hasta qué punto nuestra sociedad está impregnada de esa cultura del dinero fácil, desde los más altos niveles políticos y sociales. Vivimos una suerte de "impregnación colectiva" que nos conduce a poseer bienes, pues ellos son los únicos que en esta sociedad permiten afirmar la personalidad de los individuos.

Para el pequeño narcotraficante, generalmente un ser lábil, carente de capacidad para resistirse a la satisfacción inmediata de sus necesidades o impulsos, que desestima la prudencia y la correcta valoración de los riesgos y beneficios de sus actos, desprovisto de consideraciones morales, la oportunidad que se le presenta debe ser similar a la que tiene el ministro, el policía o el legislador inmorales, que ven en el dinero fácilmente obtenido el mejor mecanismo para acrecentar sus ingresos.

Para unos el resultado será incrementar su riqueza y a veces inclusive su prestigio, para otros, será simplemente un recurso de supervivencia que casi siempre los conduce a la cárcel, a la desintegración de su personalidad y de su familia.

Hace más de doscientos años, César Beccaria afirmaba que "es preferible prevenir los delitos que castigarlos. (...) que el fin de las penas no es atormentar, ni afligir a un ser dotado de sensibilidad... sino tan sólo impedir que el culpable perjudique a sus conciudadanos, y alejar a éstos de la tentación de imitarle." (5)

Ojalá que en la administración de justicia ecuatoriana, se incorporen cada vez más las normas internacionales vigentes, a fin de que la persona humana sea respetada en su integridad, recordando con el poeta que "En realidad sólo lo que hace el hombre por enaltecer al hombre es trascendente".

#### CITAS EN EL TEXTO:

1. Cusson, Maurice. *Delinquants pourquoi?*. Armand Colin Editeur. Québec, 1981.
2. Morris, Ruth. Un sendero realista a la justicia transformativa. Artículo publicado en "Archivos de Criminología, Neuro-Psiquiatría y Disciplinas Conexas. No. 30 - 31. Editorial Universitaria. Quito, 1995.
3. Morales, Edmundo. *Cocaína fiebre del oro blanco en el Perú*. Biblioteca Abya-Yala. Ediciones Abya-Yala. Quito, 1994.
4. Morales, Edmundo. Ob. cit.
5. Beccaria, César. *De los delitos y de las penas*. 3a. edición. Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1982. 

# El Derecho y otros conjuntos de normas

PEDRO FERNANDEZ DE CORDOVA\*

**L**a Filosofía, en su prístina y más caracterizada concepción, es indivisible, única; no admite parcelaciones y, por lo tanto, reniega también de cualquiera adjetivación que pretenda limitarla en su alcance, pues dada su misión integradora del mundo, mira a toda la variedad de seres que éste contiene, buscando establecer su unidad, su "argé", a través de un enunciado, principio o verdad, que será considerado radical, primario, capaz de englobar a todos sus componentes y de comunicarles su sentido de unidad, merced al carácter de denominador común que se le asigna y que se constituirá en el elemento que los liga, como verdad matriz que hará de alfa y omega.

No obstante la validez de este aserto, que resulta indiscutible en el plano teórico, al momento de hacer las pertinentes referencias,

\* Profesor de Filosofía del Derecho.

precisamente en aplicación de ese primer principio establecido, o en busca del cual se hacen las correspondientes lucubraciones, resulta imposible dejar de referirse, por separado, a cada familia o grupo de objetos que integran el mundo y que, al caer bajo el personal enfoque del respectivo filósofo, alcanzan su preferencia, su más esmerada dedicación, ora porque esa es su inclinación, ora porque tales objetos supieron impactarle mejor, exhibiéndole sus intrínsecos atractivos. Y, es en función de esta operatividad, explicitada en la práctica del quehacer filosófico, que se viene asignando a la Filosofía, desde la más remota antigüedad, cuatro especiales campos de especulación: La Metafísica, la Teoría del Conocimiento, la Ética y la Psicología, imbricados entre sí como una especie de cuatro grandes capítulos de la Filosofía, uno de los cuales prevalecerá, a tenor de la inclinación personal de cada pensador, dando a su teoría, la tónica general, la orientación que la caracterice.

Por otra parte, cuando determinados fenómenos sociales, como el Derecho, la Historia o el Lenguaje, han suscitado la preocupación filosófica, porque ostentan, en su íntima naturaleza, situaciones que plantean interrogantes que no pueden ser respondidos en el ámbito limitado de su propio contenido técnico o científico, como ocurre con todas las disciplinas, de algún modo ligadas con el ser, el conocer o el hacer humanos, entonces, la Filosofía les dedica su asistencia y genera, con un sentido particularizado, disciplinas específicas, tal el caso de la Filosofía del Derecho, la Filosofía de la Historia o la Filosofía del Lenguaje, para sólo aludir a los ejemplos propuestos.

Misión fundamental de la Filosofía Jurídica es la de procurar la fijación de un concepto general del Derecho, que contemple sus caracteres básicos y, por tanto, lo defina en su más completa universalidad, como fenómeno que se da en la vida social y atañe, por lo mismo, a todos los seres humanos por igual. Definir, en virtud de lo que dispone la Lógica, significa “poner fines”, es decir, establecer linderos, precisar desde dónde y hasta dónde abarca el objeto definido. Definir al Derecho implicará, por consiguiente, delimitar bien el ámbito que a él le corresponde, señalar con precisión qué es lo que su denominación comprende, sin que exista la menor posibilidad de confundirlo con otros entes que, por su proximidad o semejanza, puedan obstaculizar su plena identificación.

Dentro del proceso seguido, por algunos filósofos, para establecer la definición del Derecho, -del Derecho Positivo se entiende, cuya presencia es innegable, pues al Derecho Natural hay quienes lo impugnaron y lo impugnan todavía- luego de haber logrado precisar la zona ontológica a la que éste pertenece, en función de encontrarlo presente en el mundo, como una “hechura humana”, es decir, como fruto de la acción del hombre, correspondiente, por lo tanto, al mundo de la cultura o “vida humana objetivada”, como la llama Ortega y Gasset, se ha establecido, como otro de sus rasgos caracterizantes, que se trata de una norma, o quizás, mejor, de un conjunto de normas que regulan la vida humana. Pero ocurre, que esta determinación se torna vaga, imprecisa, en el momento mismo en el que reparamos que el Derecho no es el único

cuerpo de disposiciones que cumplen tal tarea, sino que, a su lado operan otros, con igual misión y similar validez.

En efecto, con sólo reflexionar sobre nuestro diario actuar y sobre el comportamiento que como personas debemos adoptar, respecto de nosotros mismos, de los demás, o de Dios, si somos creyentes, habremos de caer en la cuenta de que nos hallamos sujetos a un sinnúmero de reglas que, en calidad de “mandamientos”, “principios”, “leyes”, o como se los quiera llamar, nos conminan a hacer o no hacer algo. La fuerza de la costumbre, a través de la cual, generalmente, actuamos, y que se incardina en nosotros de modo decisivo, nos impide, en la mayoría de los casos, tomar conciencia de que, eso que hacemos o dejamos de hacer, no sólo depende de nuestra espontánea voluntad, como algo que se nos ocurre ese momento en función de las circunstancias que nos rodean y nos impelen a tomar una actitud, sino que se halla previsto de antemano en una regla de conducta. Comúnmente creemos, cuando alguna atención ponemos en ello, que nuestro actuar obedece a un impulso que nos induce a practicar lo debido, lo correcto, o a un simple “ponernos a tono” con lo que hacen o dejan de hacer los otros, cuando en realidad, todo ese generalizado comportamiento está supeditado a un orden preestablecido, conformado por el propio grupo humano que lo practica, aunque no estemos en condiciones -y en la mayoría de los casos, ni haga falta- de precisar cómo o cuándo apareció, y quién o quiénes lo establecieron.

Detener el vehículo cuando el semáforo está en rojo, ir a misa los domingos, ser veraces

en nuestras afirmaciones, o dar el pésame a un amigo, son formas de actuar que pueden tener y tienen, en un buen número de casos, una impensada y rutinaria manera de “seguir la corriente”. Incluso, formalmente, representan una imitación de cómo se comportan los demás, aquellos que conviven con nosotros, en las diferentes situaciones que nos depara la relación con las otras personas que conforman el grupo, habitual o casual, que nos vemos avocados a formar. Sin embargo, cuando prestamos una efectiva atención a la raíz motivadora de ese comportamiento, habremos de encontrar que “el ponernos a tono” con los prójimos, no es el real y fundamental motivo que nos impele a actuar de esa manera: La Ley de Tránsito, es la que nos obliga a respetar las señales que se han fijado para ordenar la circulación peatonal y vehicular, la convicción religiosa y los mandamientos que a ella conciernen, nos llevan hacia la Iglesia; los principios morales que estimamos válidos, nos conminan a no decir mentiras; las reglas de la cortesía nos impulsan a expresar el sentimiento de solidaridad que nos hace compartir la pena ajena, producida por la muerte de un allegado. Es decir, detrás de cada actuación, indicándonos el camino a seguir, está una norma, regla, máxima, ley, o como mejor se las haya identificado, pero en todo caso un mandato proveniente de instancias ajenas a nosotros: El Estado, como ocurre con la citada Ley de Tránsito; la Iglesia, en lo referente a los preceptos fijados para sus fieles; la Sociedad, en cuanto mira a la determinación de lo que es “bueno” y de lo que es “malo”, como criterio de comportamiento moral; el Grupo al que un individuo

está adscrito y respecto del cual debe mostrar el grado de respeto y sumisión que se guarde por los convencionalismos sociales.

Ocurre que, sin embargo, mientras en el primer caso, nuestra voluntad no interviene, para efectos de la presencia y eficacia de lo ordenado, en los otros tres, es menester que se cuente con una previa aceptación, que se haga presente una especie de visto bueno personal, porque por voluntad expresa o tácita, hemos hecho nuestros los principios que dan lugar a la vigencia de tales mandatos, convirtiéndolos por convencimiento o convicción, en parte de nuestro propio yo.

De lo dicho, podemos deducir, entonces, que hay normas de conducta que nos son impuestas desde fuera, sin contar con nuestra aceptación o adhesión, mientras hay otras, que cifran su imperatividad en la aceptación previa que hemos dado a los principios que las informan y motivan. Las primeras nos obligan, porque querámoslo o nó, formamos parte de una sociedad que se halla regulada por normas que proceden de la autoridad que representa al Estado, al que, necesariamente, en forma definitiva o transitoria quedamos adscritos, debiéndole sumisión y acatamiento. Las segundas, porque nacen de la convicción íntima de cada persona, de profesar una religión o credo, de inclinarse por tal o cual concepción ética, o de un acuerdo expreso o tácito con los otros miembros del grupo al cual nos pertenecemos, en función de circunstancias de orden familiar, vecinal o de compañerismo.

Como fruto de estas distinciones que constituyen una realidad inobjetable en nuestras vidas, se deduce una clasificación de normas,

que los diversos tratadistas, especialmente Filósofos del Derecho, la han establecido, atendiendo a sus particulares razonamientos. Giorgio del Vecchio, por ejemplo, considerando que existen dos maneras de regular la conducta humana: a modo "sub iecti" o referente a la subjetividad del individuo, a su intimidad concienzal; y, a modo "ob iecti", esto es, mirando al sentido objetivo del comportamiento social, a la actuación de cada ser humano frente a los demás, determina, recogiendo el pensar y las inquietudes que al respeto se fueron dando hasta su época, que la Moral y el Derecho son, en definitiva, los dos conjuntos de normas básicas que controlan el hacer u obrar del hombre. Luis Recaséns Siches, por su parte, reconoce a las "Normas del Trato Social", un amplio espacio dentro de la normatividad, otorgándolas una autonomía que, a la luz de sus explicaciones, muestran, en efecto, una naturaleza independiente incuestionable. Empero, respecto de las "Normas Religiosas", se abstiene de ubicarlas en casillero aparte, dejándolas flotar como expresiones de una simple "conciencia moral".

No obstante la autoridad innegable de cada uno de los maestros citados, y de todos los esclarecidos pensadores que siguen sus lineamientos, nos atrevemos a opinar que, además de estos tres conjuntos de reglas a los que se les reconoce autonomía: la Moral, el Derecho y el Trato Social, hay, vívido, elocuente, poderoso y eficaz, otro cuerpo de regulaciones que ostenta un carácter igualmente autónomo y que, por lo tanto, se hace digno de un tratamiento específico: El de los Mandamientos Religiosos.

Hasta ahora, de lo que se conoce, los mencionados tipos de normatividad, últimamente aludidos, a los que la preocupación filosófica ha dirigido y debe dirigir su enfoque, porque los dos, de alguna manera reconocidos y mencionados por todos los estudiosos, han sido encasillados en el esquema formulado por Del Vecchio: las Religiosas como adscritas al mundo de lo subjetivo, las del Trato Social, como pertenecientes al campo de lo objetivo, en razón de sus respectivas referencias al mundo de lo inmanente y de lo trascendente, pero sin contar con la autonomía que intrínsecamente les corresponde.

Consideramos pues, que se trata de cuatro conjuntos de normas distintas, porque cada una de ellas responde a una forma de ser propia, a una naturaleza que las caracteriza y, porque, más allá de sus semejanzas y coincidencias, ostentan particularidades que a simple vista resaltan, y que las ubican en casilleros independientes, aunque, como es obvio, dentro de la misma categoría de **NORMATIVIDAD** que a todas cobija y uniforma.

## LA COSTUMBRE INDIFERENCIADA

Cuando se investiga sobre el origen del Derecho y se pretende establecer su probable iniciación temporal, nadie ha intentado siquiera, referirse a una época, período o fecha históricos, porque, de antemano se sabe que no son factibles de precisar, que nunca se podrá determinar con exactitud, cuándo, cómo ni dónde apareció la "norma" que lleva el calificativo de jurídica. Se alude, frecuentemente, por parte de historiadores del Derecho, de sociólogos y

de filósofos, a posibles circunstancias de orden social que la hicieron brotar, como fruto de la evolución psíquica de los conglomerados humanos, pero, sin referirse, expresamente, a ella, sino subsumida en otras formas de regulación del comportamiento humano, en las que se hallan mezclados -como ocurre y se puede observar todavía en los actuales pueblos primitivos- aspectos de orden religioso, moral o de simples convencionalismos sociales. Por ello, apelando a un nombre que las aglutine sin establecer discrimen, precisamente porque no pueden diferenciarse, se las alude como parte de una "costumbre indiferenciada", que rige con pleno carácter imperativo, al cual contribuyen a robustecer, como bien puede suponerse, la convergencia de la fuerza psicológica que aportan, preponderantemente, lo religioso y lo moral.

La "costumbre indiferenciada", representa, por lo tanto, la regla de conducta primigenia, aquella que, por el hecho de practicarse cuotidianamente, acaba por consagrarse de modo definitivo, en razón de que los integrantes de tal o cual comunidad, la han aceptado como la adecuada, la correcta, la propiciadora de un orden que era menester para la integración del grupo, y para que cada uno de sus miembros supiera a qué atenerse y, consecuentemente, conociera qué debía hacer y qué no le era permitido realizar frente a los otros. Se especula que nació, como lo hacen todas las costumbres, a partir de la práctica de un hábito, originado, a su vez, en una acción individual que resultó eficaz y por ello fue repetida, reiteradamente, hasta transformarse en actuación permanente de su gestor y, por así estimarlo

quienes están en su torno, en un modelo para el comportamiento de los demás miembros de ese grupo. Se volvió pues, un "uso común", una práctica colectiva, que al ser observada mayoritariamente, se convierte, de modo automático, en una costumbre.

Conjeturando sobre el probable establecimiento de esta "costumbre indiferenciada" y de los ingredientes que la conforman, bien podemos remontarnos, con la imaginación, a lo que pudo haber ocurrido en los albores de la integración grupal, cuando el hombre primitivo, intentando comprender al mundo que le rodeaba, buscaba una razón de ser de los objetos y fenómenos, y quería tener, respecto de ellos, un saber a qué atenerse, pues se le hacía indispensable para poder llevar adelante, con cierta seguridad, tanto su vida individual como aquella de relación con los otros individuos, que en su derredor, luchaban también por la supervivencia.

Aunque su carácter de ente racional le distinguió, desde siempre, de los otros seres de la escala zoológica, ese hombre primitivo no hizo uso de la razón desde un primer momento, dejándose guiar más bien por el instinto y, haciendo, en función de él, las apreciaciones que se le ocurrían, sin que existiera en ellas la debida ilación y correspondencia, que caracterizan al obrar racional. Por ello, precisamente, miró al mundo con los asombrados ojos de la admiración, del recelo, del miedo incluso, pues no atinaba a dar con el por qué de las cosas y de los acontecimientos que frente a él se sucedían interminables, siempre nuevos. Poco a poco debió ir, más por instinto que por racionalidad, conectando entre sí las

experiencias adquiridas y a la larga, "tomando conciencia" de las relaciones que entre ellas existían, para, finalmente, descubrir eso que más tarde se calificaría como la natural ley de la causalidad. Pero, para llegar a ese estado debieron pasar incontables años, miles de miles de repetidas experiencias que a fuer de castigarlo o de premiarlo con los mecánicos resultados que su actuar provocaban, le fueron entregando "conocimientos" con los que cada vez se sentía más confiado para enfrentar a ese mundo que en principio le pareció hostil, pero al que, paulatinamente, lo iba conquistando, dominando, haciéndolo suyo, y sacando ventaja del dominio.

A esa conquista del mundo, los sabios de hoy llaman "técnica", la cual, en sus más elementales manifestaciones, no es otra cosa que saber en qué consisten los objetos y los fenómenos, de dónde proceden, cómo se comportan, cuáles son las cualidades buenas que le pueden arrojar algún provecho y cuáles son, a su vez, las cualidades malas que le acarrearían algún perjuicio. En suma, saber a qué atenerse respecto de tales fenómenos y de tales objetos, mantenerlos controlados y poder aprovecharse de ellos cuando la ocasión fuere propicia.

Sin embargo, hasta que ello arribe, el desconcierto y el temor en el que vivía le hizo intuir que los objetos y los fenómenos presentes en su torno y con los cuales a diario se enfrentaba, eran dueños de una situación particular, poseedores de una especie de aliento propio, y que se hallaban dotados de unas cualidades intrínsecas que no podía descubrirlas a simple vista, porque no trascendían a los sentidos, no se explicitaban con la claridad

suficiente que la permitiera captarlos de improviso y, entonces, acudiendo a lo sobrenatural, inventó la magia, el mito, que le dieron lugar a "entender" aquello que, en efecto, rebasaba su capacidad natural y espontánea de captación.

¿Por qué salía el sol cada mañana y luego de alumbrar y calentar la tierra, caía por el otro lado del horizonte, haciéndose la obscuridad y el frío? ¿Por qué de pronto el agua se vertía desde el cielo en delgados hilillos o en gruesas gotas que humedecían todo y que, según las circunstancias de lugar y tiempo, atenuaban el calor del medio ambiente, refrescaban o, por el contrario, producían frío? ¿Cómo y por qué el árbol le ofrecía sus frutos para calmar el hambre, dándole, en muchos casos, gusto al paladar? En virtud de qué, un caudal, torrentoso y sonoro en ocasiones, plácido y silencioso en otras, corría uniformemente por un mismo trayecto? Por qué a veces, durante períodos que su experiencia le permitió marcar como uniformes, hacía crecer su volumen y se desbordaba, causando maléficas devastaciones o provocando benéficos resultados? Qué daba lugar al trueno o al relámpago? Qué provocaba el estallido de los volcanes? Qué era aquello que brillaba, causando deslumbramiento, y que quemaba su piel si lo tocaba, unas veces convertido en lengua que flameaba y otras en torrente que exudaba calor y sofocación? Qué mismo era esa invisible fuerza que soplaba suave, susurrante, silbante o alocada? Por qué unos objetos se movían por impulso propio y otros permanecían quietos?

Preguntas como éstas, formuladas muy adentro de su muda conciencia, teniendo

desorbitados los ojos por el asombro y erizada la piel por los temores, fueron quizás las que se hicieron presentes en su espíritu y dieron lugar a innumerables respuestas, de las cuales quedan aún resabios entre los denominados pueblos primitivos que veneran al sol y a las estrellas, a la fulgente luna, al rayo, al trueno y a la lluvia; que hacen del árbol, del volcán, del río, su deidad preferida, su tótem ancestral; que respetan al viento y a las fieras; que ponen sobre un altar la luz y el fuego. En suma, que los divinizan, los transforman en dioses tutelares de los que esperan protección y aliento, de los que sacan fuerza, vida.

De lo que ellos les otorgaban nació la concepción de benéficos y maléficos, de propicios y de adversos; pero a todos había que mantenerlos inclinados de su lado, sea para que les proporcionaran sus favores, sea para que no les endilgaran sus castigos. Y fue necesario actuar en consecuencia, haciendo o no haciendo ciertos actos, cumpliendo algunos ritos que permitieran guardar su buena voluntad en todo lo que se considerara positivo; y, en lo que se estimare como negativo, para evitar que continuara, o que a futuro se presentara otra situación semejante.

"Timor feri Deus", reza una vieja aseveración que pretende explicar el nacimiento de toda inquietud religiosa, especialmente de las llamadas "primitivas", porque el miedo a lo desconocido impulsó al hombre a crear, como primera instancia de la explicación del mundo, un conjunto de dioses naturales, encarnados en los propios objetos y en los fenómenos.

En nuestra lucubración sobre el origen de las normas, nos podríamos preguntar si acaso,

éste no es el inicio también de la normatividad, que fijó formas de comportamiento, cara a cara de esos dioses forjados en su mente, a tenor del miedo, respeto, asombro o desconcierto, de aquel hombre en cuya naturaleza se hacía la luz del entendimiento. Y, probablemente, quizás resulte acertado que nos pronunciemos de modo afirmativo, otorgando así, al mismo tiempo, a dichas formas de comportamiento, un carácter de principios referenciales del actuar personal y colectivo que adquieren la autoridad de reglas, pues el hecho de su constante e invariable práctica les permitió presentarse con el poder necesario para imponerse y ser exigidas a todos los miembros del grupo sobre el cual actuaban. Eran pues, en función de lo dicho, verdaderas "normas" reguladoras de una conducta social que, paso a paso, pero con firmeza, iban tomando cuerpo en la convivencia diaria, se iban fijando con más fuerza y se tornaban, por obra y gracia de la aceptación, si no de todos, al menos de la mayoría, en una difundida costumbre cada vez mejor comprendida y practicada.

El carácter normativo del principio religioso que se va configurando, se distingue bien de cualquiera otra forma de sometimiento colectivo que pudo haber sido impuesto al grupo, incluso de modo simultáneo, como aquel del mandato arbitrario que ejerce el más fuerte, convertido en autoridad reguladora de la conducta de esa colectividad, debido a que dicho mandato es pasajero, casuístico, singular, mientras aquel se torna permanente, general, y va reforzándose con cada adhesión que a él ofrece el individuo, quien ve, en cada oportunidad de congraciarse con la divinidad, no sólo un

deseo de agradarla y captar así su protección, sino la posibilidad de entrar en contacto con ella y de actuar en consecuencia.

Tras esta primitiva e instintiva adopción de una conducta ligada a la "necesidad" de agradar al dios que en su ánimo se había forjado, irán apareciendo, al margen del temor o dentro de él, otras sensaciones: las de satisfacción o desasosiego, de agradecimiento o enojo, de fidelidad o repulsa, en consonancia con el resultado que su acción ha arrojado, en lo que a ver respondidas sus expectativas, se refiere. Y, es muy probable, sin ir más allá en las especulaciones, que en la lucidez intelectual, o al menos emotiva, que en él se despierta, este hombre primitivo vaya estableciendo un ligamen entre el agrado o desagrado que con su actuación cree despertar en la divinidad, y la necesidad de hacer siempre lo primero y evitar lo segundo. Habrá de entender, quizás al mismo tiempo, que el hecho de agradar a Dios es lo adecuado, por ser conveniente, mientras la actitud que desagrade a la divinidad, es lo inadecuado e inconveniente. Pronto se crearán las nociones del bien y del mal, que ayudarán a identificar mejor los dos aspectos, y con ello, se da lugar a la presencia, en firme, de un criterio moral que nace, precisamente, de la distinción entre lo bueno y lo malo, originalmente sujeto a la creencia religiosa que, no obstante ser incipiente y hasta imprecisa, está ya jugando un rol definitorio en el establecimiento de la normatividad humana.

Todo lo que es bueno, es correcto, y lo que es malo es incorrecto, pensarán y dirán después los sometidos a ese criterio, y trasladarán así, lo moralmente aceptado en el campo de

sus relaciones con los demás, en algo referente al "trato social", es decir a un nuevo enfoque normativo de la convivencia, dentro del cual, por supuesto, estarán involucrados ciertos aspectos que, en principio, son indiferentes a la ética, pero que no la distorsionan, aunque más tarde, tales relaciones se vean afectadas por criterios de subjetividad reinantes en el grupo, que optará por aquellos comportamientos comunes que propician un mejor entendimiento entre sus miembros y hacen más llevadera y mejor integrada su vida en común.

Finalmente, todo aquello que ha sido reconocido como del agrado de la divinidad, que luego fue motivo de consideraciones morales, y que logró desembocar en la aceptación del grupo como algo digno de ser practicado en sus relaciones sociales, terminará por ser reconocido como principios o valores que deben ser fijados obligatoriamente a través de la directa participación del Estado, y acabará, entonces, por ser establecido como regla de conducta jurídica, dándose, en consecuencia, una imbricación irreductible entre los diversos tipos de normatividad imperantes en el grupo a ellas sometido. De todo esto nace, precisamente la realidad constatable de que entre los ingredientes del Derecho estarán siempre presentes, la Religión, la Moral y lo referente al llamado Trato Social. **R**

# Nociones de una axiología política

BOLIVAR AVILA

**P**artamos de la realidad empírica:

## 1.- CRISIS DE VALORES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

A. H. MASLOW, fundador de la Psicología Humanística, sostiene que "la más honda enfermedad de nuestro tiempo es la falta de valores... Esta situación es más crucialmente peligrosa que nunca antes en la historia y se puede hacer algo con ella, mediante el propio esfuerzo del hombre". Esta teoría continúa. (1)

La ausencia o atrofia de valores, no solo enferma a los individuos sino también a las colectividades e hizo posible tanto el nazismo, el stalinismo, como la explotación capitalista en el tercer mundo.

La crisis de valores se manifiesta en el abuso de poder, la violación a los derechos fundamentales de las personas, la malversación de

fondos, la liberación sexual, la violencia cotidiana, el consumo suntuario frente a la pobreza y mil formas más de corrupción que se practican en la colectividad.

Todos los pueblos, ricos o pobres, requieren de valores. Aquí en América Latina y en otros países, es necesario poner el acento en los valores vitales, porque millares de hombres carecen del mínimo necesario para vivir una existencia verdaderamente humana: carecen de alimento, vestido, agua, techo y hasta medicina y educación. El progreso técnico, científico y económico no es la garantía de una vida plenamente humana que para ser tal, requiere de otros valores como los psicológicos, o los espirituales (o de sentido). La satisfacción de las necesidades biológicas, el confort, los viajes, etc., no tienen sentido por sí mismos, pues incluso, la existencia misma pierde sentido (el suicidio), cuando no se sustenta en ideales.

Sin embargo, parece regirnos un principio inversamente proporcional:

En la misma medida en que la voracidad de la posesión de bienes materiales, atrofia los valores espirituales; la ausencia de bienes o valores materiales, produce una especial apertura a los valores espirituales.

## 2. UNA PRIMERA EXPLICACION

Vivimos la era de la civilización científico-técnica, caracterizada por el predominio de la producción material altamente tecnificada y del consumo masivo. El ser humano se ha materializado tanto que la tecnología ha llegado a absorberlo y esclavizarlo, constituyendo la forma más cabal de enajenación humana.

La especie humana, creadora de la civilización materialista, científico-técnica, empieza a ser devorada por su propia criatura.

**Las Revoluciones Tecnológicas** han sido descritas por varios autores: Kaplinsky (1989), distingue tres eras industriales, desde la revolución industrial que permitiera la transformación de la producción artesanal a la manufactura. J. Schuldt (2), describe la quinta revolución tecnológica que materializa desde el año 60 un nuevo paradigma técnico-económico, caracterizado por la presencia de la **microelectrónica** (robótica, informática, telemática, telecomunicaciones, electrodomésticos, etc.) y la **información** que desempeñan, juntas, el rol central y dinamizador de una economía globalizadora y una hegemonía político-militar evidente.

Las aplicaciones de este paradigma en los países subdesarrollados, traen ya una concentración del poder económico de las empresas transnacionales, de la información y el conocimiento; y, una autonomización del núcleo capitalista central donde incluso la fuerza de trabajo y los recursos naturales van perdiendo importancia, donde las industrias exportadoras de nuestros países son obsoletas en pocos años y otros múltiples factores van configurando un mundo programado, desde las instituciones representativas del capital transnacional. Todas estas estructuras han configurado una naturaleza contaminada por efecto de la industria, sociedades empobrecidas por las medidas de ajuste y el pago de la deuda externa, e individuos cargados de violencia, sexo, enfermedad y crecimiento delincencial. Algunos satisfactores: a) el desempleo que no se ha

reducido, b) el consumo que constituye una fuente de necesidades no satisfechas para millones c) el control de la inflación es transitorio o sacrificante social.

La voracidad por el consumo de bienes y productos industriales ha sido generada, no por la naturaleza humana sino por los propios sistemas de producción, distribución y de promoción; y aparece más bien casi como una enfermedad social o una frustración. Es la ley del mercado y la competencia. La magnitud de la pobreza muestra el 75% de la población del país afectada por ella y el 60% en el sub o desempleo. Esto plantea la relación entre economía **social y ética**. Desde A. Smith, el fundador de la economía clásica, se observó la necesidad de no dejar todo bajo la mano invisible del mercado, porque las pasiones humanas de la codicia y la acumulación, pueden ser letales si no se sujetan a elementales normas éticas. Según Pedro Soto (3), el Capitalismo Neoliberal promueve un fenómeno de individualización de la conciencia moral, alimentada por una supuesta libertad individual desligada de cualquier obligación, fidelidad o compromiso social.

Este es el cuestionamiento básico, ni la producción por la producción, ni el consumo por el consumo; unos y otros se insertan en una vida social, psicológica y espiritual.

## 2) LA REVOLUCION CIENTIFICA, MÉDICO, BIOQUIMICA, CONSTITUYE OTRO "SOPORTE DEL DERRUMBE".

Una de las áreas más sensibles, donde la revolución científica técnica ha incursionado,

es la sexualidad.

Desde mediados del siglo XIX, se ha desarrollado una revolución de la sexualidad humana de gran amplitud y velocidad que podría ser trágica para el hombre y la mujer. Frente a ella, sin embargo, el ser humano aprende a adaptarse.

Esta revolución incluye:

a) Los avances científicos. El conocimiento ha llegado a niveles insospechados, tanto que se ha desarrollado la denominada ingeniería genética; hoy se manipulan los genes, se cambian las características de los seres vivos y se influye sobre la herencia. Esta es una base científica para un nuevo sistema de valores que dependerá del uso de estos avances.

b) En este mismo campo hay una revolución tecnológica: las técnicas anticonceptivas con una eficacia casi total; se controla el riesgo de parto, la natalidad y los problemas de la infancia. Las consecuencias: se ha eliminado la reproducción múltiple y se ha liberado a la pareja de ansiedad y las libertades de control son mayores. La sexualidad se ha independizado de la procreación.

Todo esto ha traído una gran liberación sexual, cuestionada y defendida a la vez. Una sociedad llena de prejuicios, mitos y proscripciones trajo una reacción contra las represiones y el sentimiento de culpabilidad que caracterizaba a la sexualidad occidental. Los países europeos (escandinavos) fueron pioneros de la sexualidad como instrumento de liberación en una sociedad regulada. Las prohibiciones legales se han eliminado, incluido el aborto.

Con esto, en el plano de las relaciones sexuales y de la familia, se generan grandes

cambios: la liberación de la mujer del dominio del hombre, la integración de la mujer al trabajo productivo y la casi destrucción de la familia, generan un cuadro de crisis de la constitución familiar tradicional.

En este contexto, en los países subdesarrollados educativa y culturalmente, las generaciones jóvenes viven casi una tragedia. Son beneficiarios fáciles de la tecnología y de los programas de control de la natalidad. Los resultados muestran una juventud lanzada a la experiencia sexual temprana, que disfruta del placer transitorio y construye una nueva sociedad hedonista, obligada a deshacerse de sus responsabilidades éticas de instrucción y formación, mientras justifica su irresponsabilidad familiar con valores productivos.

El bombardeo diario de la imagen pornográfica y hasta la computación erótica plantea, para unos, una tecnología del disfrute y para otros, la perversión incontrolada que trae consecuencias como el SIDA, las enfermedades venéreas y otros males del siglo.

### 3.- LA REVOLUCION DE LA INDUSTRIA CULTURAL

Los procesos económicos de globalización y transnacionalización de las empresas, que requieren de una estrategia de poder internacional, han ido acompañados de una enorme penetración de la cultura de masas y de las comunicaciones. La relación entre economía globalizada y el complejo cultural comunicacional indisoluble, constituye un enigma de coherencias y complementariedad.

- Las empresas se acompañan de prácticas

comerciales, valores y modelos de comportamiento. Son las "inversiones socioculturales" de la empresa transnacional. Los consorcios fundan hoy sus propias universidades.

- Los medios de comunicación social fueron creados y acaparados por el mundo de los negocios, para difundir un mensaje permanente del consumo. El sistema de información es un sistema de comercialización; se ha convertido en una parte integrante de la gestión de la demanda y la comercialización (5)

- La enorme producción y la constante expansión de las empresas en busca de nuevos mercados, necesita millones de consumidores que son motivados y estimulados, profundamente, para el acto de comprar.

- La publicidad cumple una función vital: acelerar el proceso de transformación de la mercancía en dinero, de tal forma que toda estrategia de marketing, buscará cualquier mecanismo para lograr sus ventas; así transformará sus mercancías en ganancias.

- Pero sobre todo, la función de la publicidad es la de crear una atmósfera cultural que engendre la mentalidad del consumo exigida por el capitalismo avanzado. Se modelan los gustos individuales y colectivos y, en masa, se asiste al consumo de la moda.

- La imagen, la identidad de los pueblos se va borrando de la cultura nacional, para dar paso a la vigencia de una cultura comercial.

La sociedad entonces encuentra que sus valores, sus tradiciones, sus formas de comportamiento se miden, se manipulan para el comercio. Todo es mensurable en términos comerciales. No existe hecho cultural al margen del mercado.

En este contexto, el ser humano sometido al empobrecimiento estructural y formada una conciencia individualista desligada de cualquier compromiso social, sometido a una conjetura de reordenamiento social y familiar, y ensombrecido por las imágenes y la cultura del consumo y del sexo, vive una crisis social y política, donde las leyes, las normas y las estructuras sociales, son el mejor mecanismo para someter la libertad humana. Solo queda algún reducto humano en la conciencia espiritual.

Todo esto configura una sociedad estructuralmente injusta. Aquí el hombre no puede ser sujeto de valores. Esta es una sociedad fuente de antivalores, donde predomina el interés comercial, el lucro, la ganancia, el poder, la propiedad, el placer incontrolado. Todo otro valor se supedita a lo material: la navidad, la espiritualidad, la afectividad, se miden en dólares. La sociedad se convierte en una madriguera de la corrupción, la violencia, el sexo a todo nivel. Todo esto dentro de la legalidad.

Este es el hombre de la civilización mercantil.

"La persona humana está como lanzada en el engranaje de la máquina de producción industrial, se le ve apenas como instrumento de producción, objeto de consumo. Todo se fabrica y se vende en nombre de los valores del tener, del poder y del placer como si fueran sinónimos de la felicidad humana". (6)

Y el hombre en América Latina es predominantemente marginado, sin identidad, el que no tiene voz; es el no hombre. El que vive en la barriada de las grandes ciudades, pobre, ignorante, enfermo, explotado, en contraste

con el ejecutivo, triunfador de la fastuosa residencia del poder y el disfrute ilimitado.

En Resumen: tres grandes revoluciones transforman el mundo, pero, acorde con la ley universal, traen aparejados su propia negación. La revolución tecnológica: la destrucción de la naturaleza; la revolución biológica: la relajación sexual; y, la revolución cultural, la conciencia del consumo, el dinero, el poder, convertidos en valor absoluto: la práctica esperanzadora de la fé.

### 4. LA SOCIEDAD POLITICA

Conflictiva en sí, reproduce la crisis de la sociedad universal, particularmente, la lucha de intereses entre distintos sectores sociales de un país y aún de intereses transnacionales.

Hoy vivimos un proceso de centralización del poder mundial. Desde hace 20 años se ha planteado la contradicción entre la creciente internacionalización de la economía y la existencia del estado nacional, tanto que la reducción de los aparatos estatales es parte de la modernidad.

Esto genera distintas reformas del Estado que se orientan a la formación de un poder y Estado Mundiales; las "sugerencias" del Banco Mundial y del BID son la de "ampliar el mercado y achicar el Estado".

El neoliberalismo no es solo un programa económico, sino toda una visión política, ideológica que propone un Estado al que corresponde el papel de un árbitro que haga respetar las reglas del juego, del flujo de capitales y que garantice la inversión privada, la libre fijación de precios y mantenga el orden público con-

vulsionado por los procesos de modernización.

## LA CRISIS POLITICA

En el contexto de la estructura económica globalizada y de la civilización mercantil se ubica la crisis política que hemos descrito en el capítulo III. Nuestra organización política muestra un cuadro que comienza por: a) una corrupción estatal que se intenta contrarrestar a través de "Transparencia Internacional"; b) una violencia, división y sectarismo político, avalizados por el engaño, la demagogia y la mentira así como por la crítica salvaje y destructiva.

Todo esto confluye en un deterioro y desprestigio creciente de la política que ha devenido en un deterioro partidario, roto por la ahora legalizada participación independiente en la política.

Nuestra institucionalidad estatal, muestra un burocratismo gigantesco con todas las deformaciones posibles y otras formas de descomposición que se siente hasta el último confín del país.

Todo esto ha traído una crisis de gobernabilidad o tal vez la crisis del sistema político. La crítica al Estado ha asumido incluso ciertas **tendencias**:

1) **La denuncia sobre el carácter formal de la democracia**: el régimen democrático sin justicia ni equidad económica y social, se reduce a ciertos derechos y a ciertas instituciones. En época de crisis económica aumentan los niveles de pobreza. Es necesario una democracia más participativa con un régimen

que asegure niveles de rendimiento económico de igualdad.

2) **La exigencia tecnocrática** que concibe que el rendimiento de la democracia es un problema técnico. El desarrollo, la igualdad, etc. son problemas técnicos, incluso la deuda externa es un problema técnico.

Se propugna dejar de lado toda contaminación política y la despolitización. El componente político ha sido fatal para el desarrollo económico y esta sería más bien la principal limitación de la democracia. Cada interpretación alude a diferentes problemas de la democracia.

La crisis política podría radicar en:

La organización e institucionalidad política, donde se debate y se lucha por el poder, donde se estatuye y se orienta la normatividad.

En la normatividad jurídica conformada por las normas y pautas de conducta que rigen la sociedad.

En la cultura política conformada por las concepciones ideológicas, orientaciones, bases programáticas, criterios de legitimidad para la acción política.

A pesar de la correlación entre estos tres elementos: La organización y la normatividad están determinadas por la cultura política no sólo en sentido ideológico conceptual, sino sobre todo en sentido personal, psicológico, espiritual. El actor político individuo y el actor político organización, requieren de un nuevo paradigma de dignidad humana, en equilibrio con las determinaciones del mundo mercantil y del lucro.

En este nivel entra en juego el pensamiento lúcido, la propuesta de la revolución de la conciencia y el problema de la cultura de ma-

sas. Se han dado algunas propuestas para la construcción de un nuevo ORDEN DEMOCRATICO. (7)

1.- **La exposición de intereses ocultos**. Toda sociedad es heterogénea y es necesario un primer paso: la exposición de los intereses existentes y su consideración. Por ejemplo: los problemas indígenas, el regionalismo, el interés privado, los intereses grupales que expuestos permitirán un consenso.

2.- **La necesidad de respetar las diferencias**. Este es un principio de lógica básica para un entendimiento colectivo.

3.- **La posibilidad de expresión de los diversos grupos políticos**. No actúan todos los actores políticos en la escena política nacional. Para convertirse en actor político se deben cumplir ciertas condiciones: entrar en el sistema político o que sean opción de poder. Es necesario, entonces, una sólida organización política dotada de una cultura política conceptual, ideológica, con legitimidad en el accionar político, que plantee problemas actuales de interés nacional, lo cual solo es posible a través de una semilla germinal fuerte.

4.- **La democratización del poder** (descentralización). Numerosas fórmulas se debaten para ello y todas chocan en esa lucha por el control político. La ley de descentralización es parte de una unilateralidad.

## 5. REVALORIZACION DE LOS VALORES

El pensamiento humano desde sus orígenes remotos descubrió la presencia de valores,

no solamente materiales o vitales, sino también valores psicológicos, sociales e incluso espirituales. Varias corrientes de pensamiento han desarrollado esta temática: el positivismo, el humanismo marxista, el existencialismo, el cristianismo.

Esta parece ser una línea de pensamiento y de acción fructífera para reconstruir la sociedad. Se podrá decir que pensar y vivir los valores corresponde al signo de los tiempos: la toma de conciencia de la dignidad de la persona humana.

El frío capitalismo, la materialización de la cultura, y la modernización privatizadora nos llevan a defender, más vivamente que nunca, todo lo que es auténticamente humano.

Frente a la realidad económica y social no apta para el respeto y el desarrollo de los valores humanos, aparece la toma de conciencia de la dignidad de la persona, su deseo de participación política.

En esta realidad en que predominan las sombras, la dignidad humana muestra a las personas con más fuerza, dispuestas a compartir con desprendimiento, a vivir la caridad fraterna, a ser solidaria en el sufrimiento, a valorar las relaciones de amistad. La religiosidad popular en América Latina revela que el estado de extrema necesidad produce una especial apertura a los valores espirituales; sin embargo, tampoco deja de ser cierto que los valores materiales o psicológicos constituyen la base normal en la que se sustentan los valores espirituales. El fundamento personal de los valores no olvida su aspecto material y concreto.

Incluso es posible intentar una utopía: mientras el hombre viva motivado por el ansia

del poder, por la fascinación del placer y por la ambición del tener; la injusticia, la opresión, la esclavitud de toda índole y el malestar y la incomodidad sociales elevan, escandalosamente, su índice, hasta hacerse insoportable la convivencia humana.

Solo cuando se haya probado que ni la mayor represión, ni la pena de muerte, ni la imposición religiosa han podido cambiar la sociedad, la necesidad de volver a los valores y a la subjetividad comprometida será una urgencia cotidiana.

El ser humano es parte de la estructura social y expresa a cada momento esa influencia, pero el ser humano es también conciencia y subjetividad, y puede expresar nuevas formas de vida y relación social desde su individualidad: una vida solidaria, igualitaria, generosa, no explotadora, traerán un ejemplo.

Hartman, en su "Ética", afirma que el hombre es el punto de penetración de los valores en la realidad.

## 6. LOS VALORES EN LA VIDA POLITICA

Los valores juegan un papel esencial en la práctica política y en la cultura política de un pueblo. Algunos elementos:

1.- **La Necesidad de entender la integridad nacional.** Quienes formamos una colectividad, no podemos pensar y actuar solo en función personal o del interés particular o grupal. Esto conlleva a una actitud de transparencia de los intereses particulares. No decimos siquiera de sometimiento a los intereses nacionales NO. Decimos explicitud. Esto con-

lleva también a respetar las diferencias a través de normas claras y garantías que den confianza a esa exposición. Si algo no puede variar al vaivén de los intereses, serán los principios. En el mundo de la política en cambio se ha visto "tostar el granizo".

Algunos rasgos muestran esta tendencia: el uso popular de la ciencia gerencial y de otra parte, el uso de principios de solidaridad por parte de organizaciones políticas proempresariales.

Esto significa que existen posibilidades de entendimiento y consensos, de articular la diversidad y buscar la universalidad del pensamiento y de la acción.

2.- **La estrategia política nueva implica nuevos actores políticos, organizaciones nuevas,** capaces de plantear estrategias que sean ejemplo y palabra. Una organización consolidada solo es posible si se basa en principios de unidad y **fraternidad interna**, en relaciones humanísticas y solidarias muy especiales y en ideales de los cuales sus dirigentes sean modelos. A veces deben importar más las relaciones solidarias, la preocupación personal por el compañero cercano, que las actividades y conquistas electorales.

Por supuesto que los objetivos claros y precisos y una estrategia configuran también el éxito de una empresa política.

3.- Es necesario rescatar la práctica humilde de la fe que se aferra a los sueños, la subjetividad crítica ("subjetividad eficiente" de Breiht). Es necesario comenzar por el respeto a la subjetividad, al espacio afectivo y espiritual. El ser humano es materia, necesidad, pero es también afectividad espiritual; el "cha-

to ergotismo" del racionalismo francés es una sola de las formas de existencia del ser humano.

4.- Una propuesta humanista que supere el reduccionismo electoral, que valore **el desprendimiento**, no solo material sino de posibilidades personales. Sólo el pensar colectivamente, solo el apoyar a los demás, construye obras eternas. Este principio juega también en la política.

5.- La revolución de valores de la autoconciencia, es la condición básica para entender una estrategia política válida para los países pobres.

A esta altura del tiempo, solo la capacidad de autocontrol, el desprendimiento, la renuncia a las conquistas de la tecnología, al placer, al dinero, al consumo, al poder podrán levantar una nueva generación política. Ojalá ésta no se levante sobre las cenizas de la generación anterior sino sobre nuestra capacidad humana.

6.- La fuerza del ejemplo: "un ejemplo vale más que mil discursos". Este es un fenómeno social que naciendo de las ideas solo puede tomar fuerza en los hechos. Un pensamiento será eficaz solo si se muestra en el ejemplo. Un nuevo hombre político, una nueva organización solo es posible si da ejemplo de estos valores que enunciamos.

El cambio nace en la individualidad: en el autocontrol, en el ceder, en la humildad política, en crear condiciones favorables a la fraternidad, en trabajar para ello y se convierte en relación social.

Cuando hay una ejemplar organización, mucha gente se une a sus proyectos.

## 7. HACIA UNA NUEVA CIVILIZACION

El pensamiento y la palabra son la mayor fuerza creadora con que cuenta el ser humano y allí radica con Hegel, Lenin, Gandhi o la Biblia, la posibilidad de construir un mundo subjetivo y un entorno organizado y coherente, en transcurso a un cambio social revolucionario o pacífico.

Los ideales o las utopías orientan el camino humano; las apasionadas ideologías, como el dolor humano, son el surco en que germina la semilla de un ideal. La conciencia política nace de las utopías, se humaniza en la individualidad de la conciencia interior y en ella construye el micromundo de la pareja o la familia, hasta encumbrarse a una nueva forma de organización social y cultural.

Construyamos la civilización del amor, entendiendo a esta:

- a) En su formulación cristiana.
- b) En su formulación pragmática, utilitaria: como un dar para recibir, un escuchar para ser escuchado, un valorar para ser valorado.

Es mejor una sociedad que vive en consenso, en entendimiento, en democracia; que empieza a compartir generosamente antes que a reprimir la delincuencia o a imponer la pena de muerte o, desde el otro extremo, a levantarse en armas. Es mejor la sociedad que defiende sus principios, aunque ello implique sacrificio y desventajas materiales.

El amor da paso de inmediato a la justicia. La justicia es producto del amor.

La paz es la armonía de las relaciones humanas a todos los niveles y ella se funda en la justicia y el amor.

Podremos decir con Gandhi que "allí donde sea preciso elegir entre la violencia y la cobardía, aconsejaré la violencia".

Una axiología política podrá ser la semilla de una nueva civilización.

## A MANERA DE EPILOGO

Amigos:

Nuevos valores humanos inauguran el siglo XXI. Los valores tradicionales en crisis dan paso a formas superiores de entender el mundo y la vida. La solidaridad humana asume mil formas renovadas de expresión: en los derechos humanos, en la salud, en el desarrollo, en la educación, en la expresión, en la democracia real, en la cultura, en la ecología, en los derechos de la mujer.

El hombre y la mujer del nuevo siglo tendremos que entender los nuevos signos y en la lectura diaria de la vida aprender, de nuevo, las vocales de la vida, las sílabas de la solidaridad y las frases del silencio.

De nada servirá el lenguaje del Internet, de la informática global, de las telecomunicaciones satelitales, la cibernética o la robotización del trabajo; volverá como nunca la necesidad del encuentro humano, de la ternura de los niños, del contacto con la tierra, con la energía vital de los cuerpos vivos, con las palabras de sabiduría y la alegría espiritual.

El consumo y la masificación, la electrónica y la corrupción, la pornografía o la delincuencia generan diaria y dialécticamente la semilla del sentimiento y la transparencia; el pase libre a la individualidad o a la necesidad espiritual. Y en la política: la hegemonía mundial, el control gendarme internacional, el poder corrupto y

autoritario, beneficiario de bienes, fama y fortuna deberá dar paso a nuevas formas de vida, donde nuevos actores sociales con nuevos valores y fortunas de otros signos, gobiernen nuevas generaciones, tal vez, con otro nombre.

Nuevos valores inauguran el siglo XXI. Estos nuevos valores requieren nuevas formas de expresión y nuevas formas de organización política y social. Tal vez los viejos partidos políticos no sean el mejor recipiente para estos nuevos contenidos. Tal vez nuevas organizaciones sociales con nuevas concepciones y nuevas prácticas los reemplacen.

## NOTAS DE LAS CONCLUSIONES

1.- González Luis Jorge: Psicología de los Valores Humanos. En Valores Humanos, cambio social y civilización del amor. Rafael Checa, Ed. Progreso, México 1989.

2.- Schuldt Jürgen: Revolución Tecnológica, Relaciones Norte y Sur y Desarrollo. FONDAD. Quito 1991.

3.- Soto Pedro: Modernización: Entre la Ética y el Cinismo. Diario El Mercurio, 14-08-1994.

4.- Enciclopedia de Sexualidad: Varios autores. Ed. Salvat

5.- Richeri G.: La TV: Entre el Servicio Público y el Negocio. Ed. Gustavo Gili. 1988. Barcelona.

6.- Ramírez Manuel: Valores Humanos desde la Espiritualidad en el Hoy de América Latina. En Valores Humanos... pág. 79.

7.- Breigth Jaime: Ponencia: Participación ciudadana en la superación del subdesarrollo. 1994. **R**

# Reforma del sistema judicial del Ecuador\*

RAUL MOSCOSO ALVAREZ\*\*

**A**

I César lo que es del César

La Rama Ecuatoriana de la Asociación Americana de Juristas, entidad con estatuto consultivo ante las Naciones Unidas, publicó, gracias a la generosidad del ILDIS, a las inquietudes del Movimiento Ciudadano Manos Limpias, a varios coloquios y al trabajo de redacción final de los jóvenes juristas Francisco López, Marco Navas y Carlos Argüello, publicó, digo, una propuesta, para la discusión, denominada

\* Transcripción de la conferencia dictada en el Seminario organizado en Cuenca, en torno al palpitante tema de la Administración de Justicia en el Ecuador, (XI-96) con auspicio de: Asociación Americana de Juristas, Rama Ecuador, el ILDIS, el Movimiento Ciudadano Manos Limpias, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca.

\*\* Asociación Americana de Juristas, rama ecuatoriana.

“Transformación de la Administración de Justicia en la República del Ecuador”.

Dos seminarios realizados hace pocos días, uno en Quito, organizado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, y otro, en Lima, patrocinado por la Corporación Andina de Juristas, han tratado, en su orden, de la reforma judicial en el Ecuador, y de la justicia y los derechos humanos en los procesos de modernización de América Latina.

Todos estos esfuerzos institucionales, como los del Grupo de Trabajo Conjunto del Sector Justicia Ecuatoriano, que ofrece, aquí y ahora, un producto acabado contenido en un plan integral de reformas, y los aportes invaluable de magistrados, juristas y académicos extranjeros como Carlos Peña González, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Diego Portales, de Santiago de Chile, y Marco Ibazeta Marino, Presidente de la Corte Superior de Lima y gran conductor de la reforma en dicho país, se han encarnado en esta modesta ponencia, que acaso tiene el mérito de responder a una genuina preocupación por la justicia en el Ecuador y de intentar sistematizar algunas tesis sobre el tema que se discuten en los foros nacionales y regionales.

El cartero de Neruda, en la formidable película del mismo nombre, contesta al maestro que la poesía no es de quien la escribe sino de quien la necesita. Participo de este criterio, en el sentido de que todas las ideas válidas, relacionadas a la reforma del sistema judicial, pertenecen al país que las necesita, pero claro, asimismo, a propósito del pecado de la copia en nuestro sistema educacional y del plagio como manera deshonesto de aprove-

chase del talento ajeno, que se debe valorar y dar crédito a los autores y a los productos de su ingenio.

## REFORMA COMO PROCESO.

La reforma del sector justicia en el Ecuador es un proceso de aproximaciones sucesivas a la visión de lo que quisiéramos que fuera.

Conocida la problemática, a través de un diagnóstico, lo más objetivo posible, debemos pasar, sin dilación, a la solución, por medio de la ejecución de un plan estratégico, con ideas, objetivos y caminos claros.

Una reforma implica cambios, supone transformaciones. Estos se dan, en tratándose del sistema judicial, en las leyes, en los procedimientos organizacionales, en las instituciones y en la cultura de los que hacen las entidades.

Una reforma bien formulada se alimenta de múltiples fuentes. Los juristas y los operadores del sistema judicial alimentan a la planta de la reforma, pero ésta requiere de otros nutrientes para nacer, crecer y dar buenos frutos. La transformación debe partir desde la perspectiva de los usuarios insatisfechos del sistema judicial. Los cambios en el sistema judicial ecuatoriano, para que sean legítimos y eficaces, deben inspirarse en los requerimientos del pueblo ecuatoriano y estar dirigidos a prestar un mejor servicio al pueblo ecuatoriano.

“Todo acto o voz genial viene del pueblo y va hacia él...”, nos dice César Vallejo. Ahora comprendo por qué esta frase del gran poeta es una cita recurrente en el conductor de la reforma peruana Marcos Ibazeta y se encuen-

tra estampada en el descanso de las gradas del Tribunal Constitucional del Perú.

Además de los aportes de los juristas, los operadores judiciales y los usuarios insatisfechos, la reforma debe nutrirse de los conocimientos prestados por otras disciplinas, tales como la Economía, la Sociología y la Antropología, y por otras técnicas, como la Administración, la Estadística y la Informática. La reforma no se agota en los cambios de leyes, ni se identifica como un asunto de exclusiva competencia de abogados. La reforma del sector justicia es un proceso social cuyas metas sólo se lograrán si se sustenta y proyecta sobre la base de las verdades y soluciones procedentes de las distintas vertientes disciplinarias.

## DIAGNOSTICO DEL SISTEMA JUDICIAL.

Los vicios y debilidades detectados en el sistema judicial del Ecuador, se repiten, como si se tratara de una epidemia regional, en los otros países de América Latina.

Varios entendidos reiteran que el sistema judicial es un espejo de lo que sucede en la sociedad. Lo cual significa, en buen romance, que aquel no es mejor ni peor que ésta. La relación entre la administración de justicia y la sociedad, es la que puede existir entre una parte con el todo. La relación es sistémica: la unidad influye en sus fracciones, las partes influyen entre sí, y estas influyen en el todo. La interdependencia entre el todo y sus partes se da pero es asimétrica, pues aquel ejerce mayor influencia que éstas.

Esta relación sistémica entre la sociedad y

el sector justicia explica aquella afirmación del académico chileno Carlos Peña según la cual: “las instituciones legales más que resultado, constituyen un presupuesto del crecimiento y del desarrollo”.

Hemos dicho que los sendos diagnósticos de las realidades nacionales de la región son parecidos. Veamos sino esta relación de las debilidades y vicios, sin distinguir cuales son causas y cuales los síntomas ni cuales son más extendidos o profundos, debilidades y vicios detectados en los distintos países de América Latina: dependencia de los jueces, influencias políticas y de poder económico en la administración de justicia, lentitud en las soluciones, legislación procesal anacrónica, parcialidad de los jueces, corrupción de los operadores, deficiencias profesionales de los jueces y auxiliares de justicia, inestabilidad de los magistrados, falta de incentivos y de análisis de desempeños de los empleados de la Función Judicial, descuido respecto de los problemas, necesidades y aspiraciones de los usuarios, ineficacia en el objetivo de hacer justicia, ineficiencia en el uso de los recursos escasos, reducidos presupuestos para la administración de justicia, desconfianza y falta de credibilidad de la población en el Poder Judicial, instalaciones y equipamiento inadecuados e insuficientes, inaccesibilidad de los más pobres, centralismo en la atención, falta de conocimientos y probidad de los abogados, costos elevados para los justiciables pese a la decantada gratuidad de la administración de justicia, mala distribución del trabajo, congestión de expedientes, elevado porcentaje de presos sin sentencia, abuso de la prisión preventiva, arbitrariedad y atropellos a los de-

rechos fundamentales en la fase investigativa o en el trato del detenido o como consecuencia del tiempo de reclusión más allá del plazo razonable para su juzgamiento, desconfianza e inseguridad del inversionista extranjero en la justicia local, retraso en el establecimiento efectivo de instituciones como el Defensor del Pueblo o el Consejo Nacional de la Judicatura, retraso en la expedición de leyes que propicien la operación efectiva de estas entidades y de recursos como el amparo, el habeas data o el habeas corpus, temor de los jueces de asumir compromisos con los derechos humanos por recelo a la arrogación de funciones.

Esta relación descarnada de los vicios y taras de la administración de justicia, aplicable como anillo al dedo, al caso del Ecuador, se repite, con ciertas variantes de grado, como xerox copia, como si se tratara del mismo país enfermo, en todas las naciones latinoamericanas. Dato que no lo presentamos como atenuante de nuestras propias responsabilidades nacionales sino como ingrediente de cierta validez, aprendizaje y aplicación de soluciones y experiencias ajenas, o más bien, no tan ajenas, en la medida que responden a similares problemáticas.

Para hacer frente a estos vicios y debilidades en el sector justicia del Ecuador es que se plantea el desafío de realizar las reformas y cambios que sean menester para llevar al sistema de justicia nacional al escenario deseable que queremos. El diagnóstico nos dice dónde estamos y el por qué de la reforma.

## REFORMA DESDE EL INTERIOR DEL SISTEMA DE JUSTICIA.

La transformación del sector justicia, decíamos, bien formulada y mejor ejecutada se alimenta de muchas fuentes. Los cambios requieren de muchos actores: el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo, la sociedad civil, a través de los usuarios del servicio de justicia y de una masa crítica de especialistas en distintas disciplinas, y por supuesto la Función Judicial. Pero este trabajo colectivo requiere de conducción y liderazgo; estos intérpretes de la reforma necesitan de un director de orquesta. No requerimos de mayores argumentos para sostener que el ritmo del cambio lo imprime o lo debe imprimir el Poder Judicial. Este es el principal involucrado, alrededor de éste gira todo el sector justicia y únicamente si éste se encuentra envuelto, como protagonista privilegiado, en el proceso de reforma, el cambio se hará y se dará en la dirección correcta y con la profundidad y autenticidad requeridas. Es que el cambio no puede ser impuesto, no puede ser inducido desde afuera. El cambio nace desde adentro, la reforma es autocentrada. Caso contrario las mutaciones serán simplemente cosméticas y epidérmicas.

El carácter autocentrado de una auténtica reforma del sector justicia no se encuentra reñido con la participación de otros actores, los cuales, se desempeñan como agentes propiciatorios o coadyuvantes del proceso. El carácter autogestionario de una profunda reforma significa que el motor y la energía motriz de ella se encuentra o debe encontrarse en el interior del Poder Judicial. Caso contrario, es

decir, si la fuerza impulsora es más bien externa, todos los cambios en las instituciones, en las leyes, en los procedimientos no servirán de nada si se mantiene sin alteración el Ethos de las entidades y la cultura organizacional de las personas que integran el sistema judicial en el Ecuador.

De este aserto se desprende la necesidad de que los jueces y los operadores del sistema judicial no sólo aprendan o se actualicen en las técnicas forenses sino que asuman una "actitud favorable al cambio", pues si bien es cierto que nadie puede garantizar el absoluto éxito de la reforma propuesta, ciertamente, no cabe la menor duda de su fracaso si no se vence las resistencias corporativas al cambio.

## ¿QUO VADIS SISTEMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR?

La reforma intenta dar saltos importantes de aproximación a la visión ideal del sistema de justicia en el Ecuador.

Esta visión ideal, se la puede figurar de la siguiente manera: "El sistema de justicia ecuatoriano, integrado por personas honestas, firmes y preparadas, presta un eficaz y eficiente servicio a los usuarios que lo requieren, goza de la credibilidad de la sociedad civil y ofrece seguridad jurídica a propios y extraños; sistema en el cual los Jueces, los Vocales del Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo y el Ministro Fiscal actúan con personal independiente y ejercen sus atribuciones sometidos fielmente a la ley, a una ley interpretada creativamente y aplicada en función de los intereses de la Justicia; servicio cuya calidad

está dada por las virtudes de la equidad, imparcialidad, objetividad, sustento científico y prontitud de las soluciones, por la accesibilidad de los más pobres, por el costo razonable de la prestación, por la atención in situ y por el apego y defensa a los derechos fundamentales, consagrados en la Constitución Política y las Declaraciones y los Tratados Internacionales vigentes en el país".

## ¿Cómo llevar adelante la reforma del sistema de justicia?

Nietche sostenía que "cuando se tiene claro el para qué, se puede soportar cualquier cómo". De la frase de este ilustre pensador se infiere que primero se debe tener el sentido, la meta, la finalidad de una propuesta. Este orden hemos seguido precisamente al describir, por el diagnóstico, dónde estamos, y por la visión, dónde queremos estar. El punto de partida y la meta determinan el mejor camino y las acciones concretas que debemos realizar para llegar en el menor tiempo y con el menor costo al destino final. Todos estos elementos deben constar en un plan integral de reforma, plan que debe ser conceptualizado y ejecutado por todos los que se encuentran directamente involucrados en el sistema o sector que se pretende cambiar.

Freimut Duve, experto en política y tecnología, allá por los finales de los años setenta, definía como crisis a "la incapacidad para responder a los desafíos de los nuevos tiempos". Tal acepción encaja perfectamente en la situación del sector justicia, en particular, y del Ecuador, en general, en tanto se muestran

incapaces de ser y de actuar a tono y a la altura de los retos de la tercera ola, de la civilización del conocimiento, de los nuevos tiempos que anuncian su presencia en los umbrales del próximo milenio.

El Ecuador, como el todo, y el sector justicia, como parte, están en crisis, pues no atinan a formular un proyecto nacional, global y sectorial, no definen las respectivas visiones, no establecen objetivos instrumentales, no diseñan estrategias y se encuentran dispuestos a emprender en acciones concretas para responder a los desafíos de los nuevos tiempos, que imponen su modernización y su incursión en el progreso tecnológico, en donde el poder económico y político, está determinado por el saber hacer, por el conocimiento.

Si en el Ecuador estamos retrasados en la definición de lo que queremos, más aún, lo estamos en el conocimiento de cómo hacer para alcanzar nuestras metas.

Sin entrar a discutir si la modernización del Ecuador es condición previa o concomitante con el "aggiornamento" de su aparato de justicia, éste debe comenzar la ruta de su puesta a punto, y este camino precisamente lo da la reforma, es decir, el agregado de cambios y transformaciones requeridos para aproximarse al escenario futuro deseable, a la visión institucional de lo que queremos que sea el sistema de justicia nacional.

Como se trata de una empresa compleja esta de la reforma y que el éxito de ésta depende de la manera cómo se lleve adelante, es preciso ejercitar algún orden y sistematización que facilite la difusión y aceptación de la propuesta.

Orden y sistematización de la propuesta que recoge el criterio liberal de la oferta y la demanda del servicio de administración de justicia.

## PROPUESTA POR EL LADO DE LA OFERTA.

La propuesta de reforma del sector por el lado de la oferta hace relación a quien presta dicho servicio, es decir al sujeto pasivo de la obligación de hacer justicia y comprende algunas acciones de creación, cambio, mejora o transformación, mismas que consisten sumariamente en los siguiente:

1. Baño de juridicidad a la sociedad ecuatoriana:

Acción ésta que le corresponde impulsar de un modo preponderante al sistema de justicia, a través de la honestidad, apego al derecho, imparcialidad, firmeza, diligencia y solvencia profesional de las personas que lo encarnan;

2. Desjudicializar el sistema de justicia:

La carga de trabajo, el monopolio del servicio, la congestión en el despacho de las causas, la escasez de recursos, la excesiva formalidad procesal, el costo indirecto, la lentitud desesoperante, la distancia con el usuario, impone la necesidad de encontrar medios alternativos de prestación de este servicio, para lo cual, se debe facilitar la participación de mediadores y árbitros, no dependientes de la función judicial, la existencia de los jueces de paz, para que resuelvan, en el sitio, en las localidades, asuntos de poca gravedad penal y baja cuantía civil, y el reconocimiento de los modos tradiciona-

les de resolver los litigios en las comunidades indígenas, siempre que las soluciones no lesionen los derechos fundamentales.

3. Imperio de los fines sobre los medios:

Se trata de que el sistema de justicia, con la colaboración del Congreso, en lo que a reformas legales se refiere, ajuste sus procedimientos de solución de litigios al principio constitucional consagrado en el artículo 117 según el cual el sistema judicial es un medio para la realización de la justicia que no la debe sacrificar por la sola omisión de formalidades. Este principio que se aplica en materia procesal es aplicable a la manera cómo el juez interpreta, creativa y teleológicamente, la ley en el ejercicio de su atribución de administrar justicia.

4. La independencia del sistema judicial:

Los Jueces, el Defensor del Pueblo, los Vocales del Tribunal Constitucional, el Ministro Fiscal, los Miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, deben gozar de total independencia personal en el ejercicio de sus funciones. No se deben sino a la ley y la justicia. No deben su cargo a la autoridad nominadora. Deben ser impermeables a los vendabales políticos y a las tentaciones del poder económico. El Ejecutivo, el Congreso, los partidos políticos, o el adinerado no puede intervenir en su magistratura.

La independencia corre y es necesaria asimismo para las instituciones del sistema, llámese Función Judicial, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo o Fiscalía General del Estado.

Poco favor haría a los intereses de la Justicia la presión del Poder Ejecutivo por la vía de la restricción presupuestaria.

Aún cuando la postergación del sector sea resultado de la pobreza fiscal, es preciso recordar al jurista Peña y repetir con él, hasta el cansancio, a fin de persuadir respecto de la prioridad en el gasto o la inversión en el sistema de justicia, de que "las instituciones legales más que resultado constituyen el presupuesto del crecimiento y del desarrollo".

5. Modernizar los procedimientos de solución de litigios:

Esta acción depende de una serie de reformas legales y de la manera de acometer en la tarea de solución por parte de los jueces.

Existen algunas propuestas de reformas legales, de orden procesal, tanto en el área penal como en materia civil, mismas que pese a su importancia, el tiempo de los concurrentes nos obliga a que seamos muy escuetos. Veamos algunas de ellas: la oralidad de los juicios, reducción de las tareas en las cuales es imprescindible la intervención del juez, la adopción del sistema de juzgados corporativos, la liberación al juez de las tareas propiamente administrativas, juzgados penales de atención permanente, juzgados temporales e itinerantes, juzgados penales que atienden directamente en las cárceles, enfoque conciliador y no confrontacional en los problemas de familia.

6. El usuario debe pagar por el servicio de justicia.

La mayor parte de los usuarios de los juzgados civiles recurren a ellos para el cobro de créditos, lo cual significa que estos son entidades financieras o personas con suficientes recursos económicos y que la famosa cualidad de la "gratuidad de la justicia" es regresiva desde el punto de vista de la distribución de la riqueza

y de los servicios públicos del Estado.

El costo de la justicia es indirecto, los ingresos derivados de tal erogación no entran en las arcas vacías del Palacio de Justicia, se desagrega en pagos de honorarios de abogados y amanuenses, en las coimas en favor de jueces inescrupulosos, en el tiempo perdido de los litigantes, en los viajes largos y las prolongadas estadias de los usuarios que viven lejos y tienen que trabajar para vivir.

La prestación del servicio de justicia, es un bien público, a despecho de lo que diga el profesor Peña, quien sostiene que, por el contrario, en un bien privado, para justificar la necesidad de internalizar el mecanismo de precios en el suministro de tal servicio. Bien Público si !!, pero que tiene que ser sufragado por los usuarios, la mayoría de los cuales disponen de recursos económicos suficientes; tasa de servicio a cobrarse que puede ser atenuada por un sistema de subsidios focalizados en favor de la gente que realmente los necesita.

Debemos reconocer que el cobro de la tasa de servicio contiene la tendencia a litigar de la población y a recurrir a recursos alternativos de solución de sus diferencias, medios heterogéneos no judiciales que la ley debe creativamente generar para superar las soluciones de justicia por mano propia que han aparecido, de una manera desusada, en estos tiempos, en el país y en otros lares americanos.

#### 7. El Juez sin tareas administrativas.

Al Juez, decíamos, se le debe liberar de las tareas administrativas, a fin de que disponga del tiempo suficiente para hacer su tarea principal: hacer justicia, dar soluciones a los litigios que han llegado para su conocimiento. El Juez

gobierna el servicio de justicia, pero la administración de la oficina le debe corresponder a un administrador profesional, cuyos conocimientos de derecho son bienvenidos pero no necesarios para su buen desempeño.

Esta liberación de las tareas administrativas traerá como consecuencia la baja de la congestión en el despacho de las causas.

8. Los Jueces superiores no son jefes jerárquicos de los inferiores:

Si los jueces no administran, es saludable para su independencia personal como jueces, que no dependan jerárquicamente de los jueces superiores en razón de los recursos.

El Consejo Nacional de la Judicatura, que existe en la Constitución pero que no ha nacido a la vida práctica, ha sido concebido para esto: para asumir tareas de administración, para ejercer mando administrativo, para establecer sanciones disciplinarias, para capacitar al personal de la Función Judicial. Esta institución es consecuencia de la necesidad de separar, en el Poder Judicial, las tareas administrativas de las funciones de dictar justicia.

#### 9. Selección y Capacitación del Personal:

Los jueces y el personal del sector deben ingresar o ascender por el sistema de concurso u oposición. La selección en base de los conocimientos y la probidad, es la más firme garantía para asegurar la calidad de la oferta del servicio de justicia.

El actual sistema de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por cooptación, no es tan grave ni tan extraño como parece. Se han detectado 32 medios técnicos, utilizados por los países, para seleccionar a los magistrados, que incluyen una

amplia gama de combinaciones, en 19 de los cuales interviene el Ejecutivo.

El nombramiento de los Jueces de Corte Suprema debe recaer en el Congreso para darles legitimidad democrática en el origen, pero la selección debe basarse en un sistema de oposición a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura. Partimos de la percepción de que la legitimidad social de los jueces no depende tanto del origen de su nombramiento sino de la calidad de su desempeño. La legitimidad de un juez no la tiene de entrada sino que se la debe ganar en el camino.

La capacitación del personal del sistema judicial es un elemento imprescindible tanto para preparar a los que ingresan a trabajar como para aquellos, incluido los jueces, que requieran de una permanente actualización. Obviamente el proceso educativo no sólo pasa por conocimientos teórico-prácticos para un mejor desempeño sino que incluye la formación en valores éticos, que en la edad adulta parecería demasiado tarde, y en la transmisión de una nueva cultura, en profesiones reaccionarias por deformación, para el cambio, para la reforma.

### PROPUESTA POR EL LADO DE LA DEMANDA.

La calidad del servicio está definida por la capacidad para satisfacer adecuadamente las necesidades del usuario. La prestación de los servicios de justicia debe partir de los requerimientos del usuario, del consumidor, de la demanda.

La reforma para que sea exitosa, en térmi-

nos de los resultados deseados, es decir, la prestación eficaz y eficiente de los servicios de justicia, debe partir, como hemos señalado, desde la perspectiva de los usuarios, desde las inquietudes, necesidades y aspiraciones de la sociedad civil. Es por ello que insistimos en su participación en el proceso.

Se debe entonces diseñar un repertorio de acciones conducentes a impulsar la reforma por el lado de la demanda. He aquí un listado escueto de ellas:

#### 1. Conocimiento cabal del usuario.

Para lograr un cabal conocimiento del usuario, se debe adoptar la técnica estadística para medir el volumen de la demanda, el tipo de los requerimientos, el nivel socio-económico de los usuarios, el nivel educativo y la procedencia geográfica y cultural de los justiciables, el grado de insatisfacción por la congestión y demora, medición de ellas, la cantidad de presos sin sentencia, la cantidad de detenidos con prisión preventiva, el número de internos en las prisiones del Estado o en los centros correccionales de menores, los delitos más frecuentes, el estado de los centros de reclusión, la situación de las presas, los hijos de los reclusos, niveles de peligrosidad de los delincentes detenidos. En fin, ninguna reforma puede ser exitosa sino parte de aproximaciones empíricas a la realidad en donde se la pretende ejecutar.

2. Acomodar el servicio a los requerimientos y limitaciones del usuario:

La desmonopolización del servicio, la desjudicialización del servicio, la creación o reconocimiento legal de mecanismos alternativos, ágiles, más humanos, orales, cercanos a

los litigantes, inmediatos, como las instancias de mediación y arbitraje, que ya funcionan en las Cámaras de Comercio, la creación de los jueces de paz, la eliminación para casos de familia, el enfoque controversial, la creación de jueces temporales para eliminar la congestión de expedientes, la creación de jueces itinerantes y mixtos que se acerquen a las comunidades y aldeas más remotas, la creación de juzgados penales en las cárceles para reducir drásticamente el número de presos sin sentencia y para aplicar el principio de que es el juez el que debe acercarse al usuario o reo y no al revés, y en fin, el reconocimiento de los modos tradicionales de administración de justicia de las comunidades indígenas.

3. Tasa de servicio y subsidio para los pobres.

La gratuidad del servicio alienta su demanda y desalienta la recurrencia a medios alternativos de solución de conflictos. El incremento de la litigiosidad resta agilidad en el despacho en perjuicio de los usuarios, alienta un sistema de atención que hace inevitable la mora en el despacho, por más buena voluntad y agilidad de los jueces y funcionarios.

El usuario, al pagar por el servicio, se siente con todo el derecho para exigir una atención esmerada. Caso contrario, la relación con el sistema, es la que puede existir entre el ogro filantrópico y el infeliz mendigo. Ya conocemos la bilis del dador del servicio gratuito y la humillación suplicante del ciudadano mendigo.

El mejor funcionamiento de los defensores de pobres, una concertación con los despachos jurídicos gratuitos de las universidades, la

institucionalización efectiva de la Defensoría del Pueblo, y tasas subsidiadas en favor de usuarios calificados casuísticamente como pobres eliminaría el sesgo discriminador de la prestación del servicio.

4. Observancia de los Derechos Humanos.

La razón de ser de la administración de justicia estriba precisamente en la promoción y defensa de los derechos humanos, frente a los abusos del Estado, en sentido lato, y frente a los manejos del poder económico y del crimen organizado.

Principios tales, como el de la legalidad en materia penal, la presunción de inocencia, el sometimiento al debido proceso, el plazo razonable para el juzgamiento del reo, la prohibición de la tortura, y garantías y medios de defensa, tales como los recursos constitucionales de habeas corpus, habeas data y de amparo, deben ser el eje de la gestión y atención privilegiada de los jueces, de la policía judicial y de los demás funcionarios del sistema de justicia.

#### **RECOMENDACION FINAL.**

Este seminario organizado por la Corte Suprema de Justicia, ILDIS, el Movimiento Ciudadano Manos Limpias y la Ponencia de la Asociación Americana de Juristas tiene el único propósito de impulsar la reforma del sistema de justicia, que como se ha explicado trasciende las fronteras de la Función Judicial.

La reforma es una tarea de todos, pero el rol direccional y protagónico le corresponde al Poder Judicial. Usted señor Presidente y todos los Magistrados tienen la opción de impulsarla

en los términos que ustedes decidan. Nosotros aplaudimos, difundimos e impulsamos la reforma. Pero la transformación del sistema de justicia debe salir de la cabeza y del corazón de los jueces y ser construida con sus manos. **R**

La responsabilidad en la información

E

# La responsabilidad en la información

DANIEL ENCALADA ALVARADO\*

**E**ste trabajo fue realizado pensando en los comunicadores sociales y en los estudiantes universitarios, con la esperanza de que su contenido sirva a su formación y práctica profesional

Nadie duda de la importancia de la información en la vida de relación de la sociedad. Sin la información la vida de la sociedad sería imposible. El papel de los medios de comunicación, en sus diferentes clases: hablada, escrita, televisada, es imprescindible en la vida de la comunidad.

La información, el conocimiento, constituyen una necesidad imperiosa, el saber lo que acontece, el cómo, el cuándo, el dónde, y el por qué suceden los hechos es algo consustancial en el individuo y a la organización social. Sin

\* Ministro de la Corte Superior de Justicia de Cuenca.

comunicación es inimaginable la sociedad. Los medios de comunicación social cumplen esta misión que no puede ser satisfecha convenientemente sin una plena garantía de no ser callados, censurados u obstaculizados, esta garantía que ha venido siendo consagrada felizmente, en las diversas legislaciones de los pueblos, es lo que se llama, "libertad de prensa", garantía considerada como fundamental en la concepción democrática, pues, no puede haber democracia sin libertad de prensa, el ciudadano de un país libre que tiene acceso al hecho escueto, a la información verídica, tiene la posibilidad de escoger sus mandatarios según la información que posea, pero un ciudadano que no conozca la verdad de los hechos, no puede ejercer sus derechos ni cumplir sus obligaciones con conocimiento de causa.

La libertad de prensa ha sido consagrada en las constituciones de los países democráticos. La declaración de los Derechos del Hombre de 1789, de la Revolución Francesa, ya la consagra, al establecer el derecho de cada individuo a expresar libremente sus opiniones, siempre que esto no perjudique a otros. En nuestro caso, la Constitución de la República, norma fundamental, establece esta garantía en el Art. 22: "...el Estado garantiza:..." 5) El derecho a la libertad de opinión y a la expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en la Ley". De modo que por una parte la norma constitucional consagra la garantía: el derecho a la libertad de opinión y la expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, pero a la vez señala un límite al establecer que el

ejercicio de este derecho es sin perjuicio de la responsabilidad prevista en la Ley; y, ¿cuál es la responsabilidad que la Ley prevé?, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal por los abusos que se dan en el ejercicio de esta libertad de opinión y expresión del pensamiento.

No cabe duda que la libertad de prensa es con frecuencia desvirtuada, mal utilizada y que en su nombre se cometen desafueros y se atenta a otros derechos no menos importantes, como son el derecho a la honra, a la buena reputación, a la intimidad de la persona. Es que en la realidad cotidiana puede existir y de hecho existen conflictos entre la libertad de expresión del pensamiento y la verdad, este conflicto puede afectar el honor de las personas, las buenas costumbres, los secretos militares o la seguridad del Estado. Cuando esto ocurre surge la responsabilidad civil por los daños ocasionados, responsabilidad penal por infringir la Ley Penal.

En este plano es que se ubica el tema a desarrollarse. Me propongo realizar un análisis de la responsabilidad del periodista en el campo del Derecho Positivo, cuando como consecuencia de su labor profesional afecta derechos fundamentales.

### **LA RESPONSABILIDAD PENAL.**

El principal problema que encierra el ejercicio de la libertad de prensa, radica en la delimitación de éste, ¿hasta qué punto puede un periodista informar o dar a conocer un suceso o expresar opinión o crítica sobre un acontecimiento determinado sin que por ello

transgreda una norma o viole otros derechos fundamentales del hombre?

A la par que la Ley garantiza el ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento, la libertad de prensa, garantiza igualmente otros derechos fundamentales, el derecho a la honra por ejemplo, que puede ser menoscabado en el ejercicio de la libertad de información.

Es evidente que en la práctica profesional el periodista puede infringir ciertos derechos garantizados por la Ley. La conducta que se prohíbe por el Estado con la amenaza de la pena, se denomina delito (crimen). El periodista cuando adopta un comportamiento que contrasta con los preceptos de la Ley, comete delito. ¿Cuáles son estos comportamientos en el desenvolvimiento cotidiano de la profesión?

### **LA NOTICIA FALSA.**

El periodista puede decir lo que quiere pero no tiene facultad para ir contra la verdad. El primer deber del periodista es la veracidad. La mayoría de las legislaciones castigan la falsa noticia y sancionan como un delito, con penas de prisión. En el caso de la falsa noticia se topa con una dificultad fundamental. Si se quiere proteger la libertad de prensa no puede ser penada la falsa noticia sino cuando el periodista ha obrado intencionalmente, dolosamente. De esta manera casi nunca sería factible la sanción porque la prueba de la mala intención sería casi imposible, y, entonces se sacrificaría la verdad. Por el contrario, si se condena la noticia aún sin prueba de la mala intención del periodista, y se admite como infracción culpable en donde la fuente de la responsabilidad penal

radica en la negligencia, la falta de previsión o cuidado al tomar y elaborar la información, la libertad de prensa podría ser socavada. Es de tener presente que el ejercicio profesional del periodista "es de día a día", vive compelido por el tiempo, su trabajo está regulado en un ciclo de tiempo apremiante, tiene que esforzarse para que su trabajo salga el mismo día o al otro día y en esta urgencia, pretender que no se cometan errores, es pretensión vana. Dilema interesante entonces el que se plantea. ¿La noticia falsa debe ser penada en todo caso o debe serlo previa prueba de la mala intención?

En nuestra legislación la noticia falsa, por sí, no está tipificada como delito. Lo que tenemos es la propalación de noticias o rumores falsos prevista como contravención de tercera clase (sancionada con prisión de dos a cuatro días y multa de sesenta y uno a ciento veinte sucres).

El Art. 606 del Código Penal prescribe en el numeral 13: Serán reprimidos con... Los propaladores de noticias o rumores falsos que digan relación al orden público, a la seguridad del Estado o al honor nacional. Y, el mismo Art. en el numeral 14: los que propalaren noticias o rumores falsos contra la honra o dignidad de las personas o de las familias o se preocuparen de la vida íntima de éstas, sin perjuicio de la acción de injuria.

Como están concebidas las disposiciones, lo que se sanciona no es propiamente la falsedad de la noticia, el faltamiento a la verdad, es más bien, el ataque al orden público, a la seguridad del Estado o al honor nacional, en el un caso; y a la honra o dignidad de las personas y familias, a su vida íntima, en el otro caso; y eso

también como simples contravenciones, es decir como infracción penal de menor categoría.

Cabe, me atrevo a sostenerlo, que se incremine la noticia falsa, su propalación, como delito, contra la fé pública que es la que resulta afectada en definitiva con la información falsa. El común de la gente, el gran público, destinatario de la información, tiene el derecho, ante todo, a ser informado con veracidad.

### LA LIBERTAD DE PRENSA FRENTE AL DERECHO A LA HONRA.

La libertad de prensa y la verdad pueden encontrarse a veces en oposición con el honor de las personas. Todas las legislaciones castigan la difamación, es decir lo que va en contra del honor, la buena fama del ciudadano. Si la Ley castiga la difamación, exige como un deber a los periodistas que respeten el honor de los ciudadanos.

La difamación en que incurre el periodista debe ser castigada se ha dicho a no ser que lo que publicó sea la verdad. ¿Acaso se tiene el derecho de difamar, de ir contra la honra de alguien cuando ésta se fundamenta en un hecho verdadero? No hay tal, no existe este derecho. Toda persona por ser tal no puede ser denigrada. Este tipo de delitos tiene un doble efecto, ataca tanto a la verdad como a la persona. En la generalidad de los casos se falta a la verdad, como cuando se hacen imputaciones falsas, pero en veces pueden ser las imputaciones verdaderas y sin embargo constituir delito, porque de todas formas ataca a la persona, y la persona merece respeto así tenga

antecedentes negativos y el divulgarlos o publicarlos constituye infracción; aún cuando el individuo sea autor de alguna infracción penal tiene dignidad humana que debe ser respetada y no tratado como "asesino" o "ladrón" por ejemplo. De allí que la Ley no admite al acusado de injuria prueba sobre la verdad de sus afirmaciones. (Art. 497 del Código Penal).

### LA NORMA CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO A LA HONRA.

La Constitución de la República, Art. 22, establece: Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza: ... 4.- "El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar". Toda persona que fuere afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honra, por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita.

La disposición transcrita establecen en primer lugar la garantía, el derecho a la honra, a la buena reputación, y a la intimidad personal y familiar. El honor, es "sentimiento de nuestra dignidad moral, o virtud, probidad, buena reputación. El honor corresponde al buen criterio que la sociedad se ha formado de una persona por el cumplimiento de sus deberes".

La honra, "es considerada como la estima y respeto de la dignidad propia, o buena fama, reputación, la persona honrada es la que procede con rectitud e integridad".

"La dignidad, se conceptúa como respeto de sí mismo y a la persona digna como buena, honrada".

"La reputación como fama, nombre y en general como buena opinión que tienen las gentes de uno".

El honor es consustancial a la persona, es tenido como su más preciado patrimonio. Algunos han sostenido que en la escala de valores está hasta por sobre la vida misma. "La vida concluye con la muerte". "El honor perdura con la estirpe". "La muerte impone respeto". "El deshonor la burla". "La muerte es fenómeno normal". "El deshonor es vergüenza viviente" (referencia: Dr. Carlos Aguilar Maldonado "La Legítima Defensa del Honor - Conferencia).

El derecho a la honra y la buena reputación sufre a diario atentados de variada índole, personas e instituciones son a veces agredidas y calumniadas por publicaciones en los medios de comunicación, a veces se procede de manera irresponsable, con bajeza, movidos en ocasiones por intereses revanchistas.

A veces la libertad de expresión, la libertad de prensa se canaliza indebidamente y permite el menoscabo a la dignidad de las personas. Ante esta posibilidad real la Ley abre el camino para la reparación del daño. La norma constitucional (Art. 22, núm. 5, segundo inciso) establece que toda persona que fuere afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honra, por publicaciones hechas en la prensa u otros medios de comunicación social, tiene derecho a que estos (los medios de comunicación social) hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita, inmediata y propor-

cional, está, de esta manera, imponiendo la reparación del daño ocasionado. Mas, en la realidad la reparación no resulta siempre satisfactoria, aún en el caso de producirse la rectificación, lo que no siempre suele lograr el ofendido, pues la noticia que se publica es recibida como cierta por el lector y aunque posteriormente se pruebe el error o la falsedad, el daño ya se hizo y la rectificación no llega por lo general a la totalidad de los receptores originales; valga la afirmación popular "de la calumnia algo queda".

### REGULACIONES DEL CODIGO PENAL SOBRE EL DERECHO A LA HONRA.

Nuestro Código Penal en el Título VII, del Libro II trae la regulación sobre los delitos contra la honra. Comienza reglando lo atinente a la Injuria.

Los delitos que afectan el bien jurídico honra son: la calumnia, la injuria y la difamación, aunque en nuestra legislación están comprendidas en una y sola denominación -injuria-

CALUMNIA, es la falsa imputación de un delito.

INJURIA PROPIAMENTE DICHA, toda expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.

DIFAMACION, consiste en la comunicación con varias personas, aún en actos singulares, ofendiendo la reputación ajena. Implica mengua de la buena fama, revelación de los defectos, vicios o secretos que perjudican con su divulgación la buena reputación.

Estas formas delictivas pueden ser cometi-

das en el ejercicio profesional del periodista, con expresiones directas o pueden también en veces expresarse las ofensas en forma indirecta, aunque con claridad indique que va dirigida a determinada persona, como ocurre por ejemplo con la sátira, bufonadas o chanzas, e incluso con caricaturas. En la sátira se aprovecha el lado débil del prójimo, algún defecto, por ejemplo se puede aprovechar los sobrenombres, apodos o motes que generalmente tiene su origen en defectos o mal formaciones de la persona. En todas estas formas habrá injuria si denigran o deshonran a la persona. En la calificación habrá que tener en cuenta siempre la intención del agente, el ánimo doloso de causar daño. Valga el ejemplo: "La mujer que le diga al hombre que le ha conquistado, que es un ladrón de su corazón", no comete injuria, es una manifestación de amor. (Ref. Guzmán Lara).

Nuestra legislación, en lo que interesa al tema, establece las siguientes regulaciones:

Art. 489 inc. primero, C.P.: "La injuria es calumniosa cuando consiste en la falsa imputación de un delito".

Art. 491, C.P.: "El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, cuando las imputaciones hubieren sido hechas:

En reuniones o lugares públicos.

En presencia de diez o más individuos.

POR MEDIO DE ESCRITOS IMPRESOS O NO, IMAGENES O EMBLEMAS FIJADOS DISTRIBUIDOS O VENDIDOS, PUESTOS EN VENTA O EXPUESTOS A LAS MIRADAS DEL PÚBLICO.

Por medio de escritos no publicados, pero

dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre estos las cartas".

El Art. 490 del C.P., califica a las injurias no calumniosas, esto es aquellas expresiones que aunque no contengan la imputación de un delito van en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, EN GRAVES Y LEVES, estableciendo que son graves:

1.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente, la fama, crédito, o intereses del agraviado.

2.- Las imputaciones que por su naturaleza, ocasión o circunstancia fueren tenidas en el concepto público, como afrentosas.

3.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves atendiendo el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

4.- Las bofetadas, puntapiés y otros ultrajes de obra.

Art. 495 del C.P.: "El reo de injuria grave no calumniosa realizada de palabra o hecho, por escrito, imágenes o emblemas, en alguna de las circunstancias indicadas en el Art. 491 será reprimido con prisión de tres a seis meses y multa de cuarenta u ochenta sucres".

Son injurias leves las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, aunque no comprometan la honra del injuriado. (Art. 490 Inc. último del C. Penal).

La injuria no calumniosa leve está catalogada como contravención de tercera clase (Art. 606 numeral 15, C.P., sancionada con pena de prisión de dos a cuatro días y multa de sesenta y uno a ciento veinte sucres).

Cuando la injuria hubiere sido dirigida a la Autoridad, será reprimida con uno a tres años de prisión y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, tratándose de injuria calumniosa; y si se trata de injuria no calumniosa pero grave, con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de cuarenta a ciento veinte sucres (Art. 493 C.P.).

Art. 498 C.P.: "Las injurias calumniosas o no, publicadas en órganos de publicidad del extranjero, podrán ser perseguidas contra las personas que hubieren enviado los artículos o la orden de insertarlos, o contribuido a la introducción o a la distribución de tales órganos en el Ecuador".

Art. 499 C.P.: "Son también responsables de injuria, en cualquiera de sus clases, los reproductores de artículos, imágenes o emblemas injuriosos...".

Cuando el delito consistiere en la imputación de hechos deshonrosos que afecten la vida íntima de las personas, la condición de agraviado se la establecerá, no sólo, por la denominación que de ellas se hubiere hecho en el impreso, sino también por el conjunto de otras pruebas, que en el curso del proceso establecieren de manera concluyente e irrefragable que la imputación ha sido dirigida contra aquellas. (Art. 416 del Código de Procedimiento Penal).

A veces las imputaciones ofensivas o deshonrosas se hacen sin señalar directamente la persona a quien van dirigidas, pero del contexto puede deducirse con facilidad la persona del agraviado. De allí la importancia de la disposición transcrita.

La difamación - consiste en la comunica-

ción con varias personas aún en actos singulares, ofendiendo la reputación ajena.

De la difamación trata el Art. 501 C.P. y establece para los autores de difamación la pena de tres meses a un año de prisión y multa de cuarenta a ciento veinte sucres, admitiéndose prueba singular respecto de cada uno de los actos y siempre que estos pasen de tres.

Ante la costumbre reiterada que se venía dando, de publicar los nombres de los deudores morosos, como medio de presión para que paguen sus deudas, mediante D.L. 167, publicado en R.O. 771 de 22 de Jun./84, se introduce la siguiente disposición a continuación del Art. 499 del C.P.: "Constituye difamación, la divulgación por cualquier medio de comunicación social u otro de carácter público, excepto la autorización por la Ley, de los nombres y apellidos de los deudores ya sea para requerirles el pago o ya empleando cualquier forma que indique que la persona tiene aquella calidad. Los responsables serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años".

En lo que respecta a la difamación, el Art. 559 del Código Penal sanciona con prisión de seis meses a cuatro años al que con amenaza de imputaciones contra el honor o la violación de secretos o de publicaciones que afecten la honra, reputación, cometieren extorsión, es decir se hicieren entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan o puedan producir efectos jurídicos.

## EL DESACATO.

Es otra figura delictiva que suele presentarse en el ejercicio profesional del periodista. Es

el delito que se comete calumniando, injuriando, insultando o amenazando a funcionarios públicos o personas que ejercen Autoridad. Implica falta de respeto y consideración que se debe a la Autoridad.

Tenemos los siguientes casos:

Desacato al Presidente de la República o a quien ejerza la Función Ejecutiva. Art. 230 C.P.: "El que con amenazas o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva, será reprimido con seis meses a dos años de prisión y multa de ciento a quinientos sucres".

Contra Senadores, Diputados, Ministros de Estado, Magistrados y más Funcionarios que ejerzan jurisdicción. El art. 231 C.P., sanciona con prisión de quince días a tres meses y multa de cincuenta a trescientos sucres. Si la infracción se comete contra funcionario que no ejerce jurisdicción la pena es de ocho días a un mes.

En el Código Penal Francés, los Arts. 226 y 227 han incriminado dos formas de desacato que tienen que ver con la actividad judicial:

Los artículos de prensa que tienden a desacreditar un acto o una decisión judicial en forma tal que impliquen atentado contra la Autoridad Judicial y contra su independencia.

Los artículos que, antes que haya resolución judicial definitiva tiendan a ejercer presión sobre los testigos que han de declarar en juicio o sobre la decisión de los juzgados de instrucción o de enjuiciamiento. (Ref. Emil Dovifat).

Disposiciones similares deberían incluirse en nuestra legislación penal para asegurar o reforzar la independencia de los jueces que

tienen que soportar presiones de esta naturaleza. Esto ocurre generalmente en los pueblos pequeños con cierto tipo de prensa localista en la que generalmente los periodistas incursionan en los asuntos judiciales, ejerciendo el papel de "tinterillos".

La publicidad de la Justicia exige que la prensa dé razón de los procesos penales. El reportaje judicial constituye la forma principal de asegurar la publicidad del juicio, sin él, pocas personas se enterarían de la forma en que la Justicia sanciona a los culpables y la necesidad que toda sociedad tiene de saber que los malos han sido castigados, no estaría satisfecha. Pero es necesario que esta función sea cumplida con conocimiento, con objetividad, sin malas intenciones. Para captar debidamente la realidad procesal se requiere de conocimientos especiales que no todo reportero u hombre de prensa los puede tener, para captar debidamente la realidad procesal debe entonces recurrirse a las fuentes más autorizadas, al Juez, al Secretario, a los Defensores, al representante del Ministerio Público, a la consulta a personas entendidas e imparciales, al proceso mismo, de esta manera se puede evitar la publicación de informaciones falsas, erradas o tendenciosas, que tan graves consecuencias pueden producir, para las instituciones o personas implicadas.

El sensacionalismo con el que se suele destacar las noticias de crónica roja, aquellas que tiene que ver con la criminalidad y que se caracteriza por resaltar las informaciones cuyo carácter trágico despierta una curiosidad más o menos turbia, curiosidad que produce el efecto comercial de elevar la venta o aumentar

la sintonía, produce efectos negativos, ya obrando como generador de delincuencia, ya propiciando el desprestigio de las instituciones. La descripción de los crímenes señala la ruta que debe seguirse, familiariza anticipadamente al futuro malhechor con la técnica requerida. La información de este tipo termina por volver simpáticos a los delincuentes, atenúan el sentimiento de reprobación que debe inspirar el crimen, socavan el respeto que se debe a las instituciones, ridiculiza a la Policía y la Justicia, e influye en el ánimo de los Jueces.

Es por lo dicho, quizá necesaria la regulación de este tipo de información en bien de los intereses de la comunidad. Claro está que toda regulación de la información tendrá el inconveniente grave de poner en riesgo la libertad de expresión, el principio básico y esencial de actividad profesional.

### **DE LOS DELITOS QUE ATENTEN CONTRA LA SEGURIDAD INTERNA DEL ESTADO.**

Podemos señalar los siguientes casos en los que puede verse implicado un periodista en el ejercicio de su profesión:

Ataque a la Constitución y Leyes de la República. El Art. 132 C.P. dice: "El que de palabra o POR ESCRITO atacare de manera subversiva a la Constitución o leyes de la República, o incitare a su inobservancia, será reprimido con seis meses a tres años de prisión".

Incitación a la rebelión o indisciplina de la Fuerza Pública. El Art. 146 C.P., reprime con prisión de dos a cinco años y multa de doscientos a quinientos sucres a quienes cometan esta

grave infracción.

El Art. 148 del C. Penal sanciona con prisión de seis meses a dos años y multa de quinientos a mil sucres a quien difundiere por cualquier medio o enviare al exterior propaganda, noticias o informaciones falsas, que estén destinadas a alterar el orden público o que afeten el honor nacional.

La Ley de Seguridad Nacional, en el Artículo 136, sanciona con prisión de uno a dos años a quien atentare contra la Seguridad Nacional, revelando datos que deben mantenerse en reserva.... Si la divulgación fuese hecha en país extranjero o se proporcionaren los datos a los agentes de aquel, se impondrá al responsable la pena de reclusión mayor extraordinaria.

Finalmente el Código de Procedimiento Penal en el Artículo 418 proporciona una definición de lo que hemos de entender por escritos subversivos, en los siguientes términos: "... los que abierta e inequívocamente inciten a la rebelión contra los encargados de las funciones públicas, contra la H. Cámara Nacional de Representantes, contra la Constitución o las leyes."

### **DE LA APOLOGIA DEL DELITO.**

El Art. 387 del C.P., reprime con multa de cincuenta a quinientos sucres al que hiciere PUBLICAMENTE y POR CUALQUIER MEDIO LA APOLOGIA DEL DELITO o de un condenado por delito, por razón del acto realizado. La misma pena se aplicará al que haga la apologia de un suicidio. En el Artículo 83 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas se sanciona la extorsión con amenaza de

involucrarles en delitos reprimidos por esta Ley, con penas de cuatro a ocho años de reclusión y multa de veinte a cuatro mil salarios mínimos vitales.

## **DE LA INSTIGACION PARA DELINQUIR**

Dice el Art. 386 C.P.: "El que PUBLICAMENTE instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, cuando el instigador no pueda ser considerado legalmente como correo, será reprimido por la instigación y aunque el delito no se hubiere perpetrado, con prisión de quince días a dos años, según la gravedad del delito instigado. (Ref. Art. 85 Ley de Estupefacientes).

## **DE LA INTIMIDACION**

El que POR ESCRITO ANONIMO O FIRMADO amenazare a otro con cualquier atentado contra las personas o las propiedades será reprimido con las penas previstas en los Arts. 377 y 379 del C.P., graduadas en atención a la gravedad de la amenaza y a la circunstancia de que si la amenaza ha ido o no acompañada de orden o condición.

## **DE LA PUBLICACION O DISTRIBUCION DE ESCRITOS ANONIMOS O SIN PIE DE IMPRENTA.**

El Art. 297 C.P. dispone: "Todo aquel que hubiera CONTRIBUIDO A LA PUBLICACION o distribución de CUALQUIER IMPRESO, MIMEOGRAFIADO o ESCRITO A MAQUINA o

a mano que no lleven el nombre del autor o del impresor, o de la imprenta, conocidos, será reprimido con prisión de tres meses a un año y multa de ochenta a doscientos sucres".

El Art. 299 C.P., establece para la imprenta o el mimeógrafo en que se haya hecho la publicación, el decomiso para destinarlos a un establecimiento público.

El delito en este caso se configura con la SOLA PUBLICACION DEL ANONIMO sin consideración a su contenido, y, si en el mismo hay atentado a la honra de las personas, al orden público o a las buenas costumbres o a la seguridad del Estado, habrá concurrencia de infracciones.

## **DE LOS ULTRAJES PUBLICOS A LAS BUENAS COSTUMBRES**

El texto del Art. 527 C.P. dice: "El que hubiere expuesto, vendido o distribuido canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, o figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres, será reprimido con prisión de uno a seis meses y multa de cuarenta a cuatrocientos sucres".

El Art. 528 C.P. dispone que en el caso previsto en el artículo precedente, EL AUTOR DEL ESCRITO, DE LA FIGURA O DE LA ESTAMPA y el que los hubiere IMPRESO O REPRODUCIDO, por un procedimiento cualquiera, será reprimido con prisión de tres meses a un año, multa de cuarenta a ochocientos sucres y comiso de la obra deshonesta.

En este aspecto cabe reparar en la marcada evolución de las costumbres que ha hecho cambiar la apreciación y los conceptos sobre

determinadas situaciones que antes se tenían por deshonestas y que en la actualidad ya no pueden ser calificadas como tales consecuentemente las normas, como están concebidas, resultan anacrónicas y exageradas.

Por fin, en este análisis de las infracciones a la Ley Penal que puede cometer el comunicador social en el ejercicio de su actividad profesional y la responsabilidad que se deriva, hemos de referirnos a dos cuestiones de importancia y trascendencia y que resultan controvertidas: La publicidad; y, la manipulación de la noticia.

## **LA PUBLICIDAD.**

Ha sido definida como el arte de dirigirse al público de manera que éste le escuche para conseguir de él lo que desee (Enci. Esparsa) y ha sido ponderada en su importancia como instrumento de un dinámico crecimiento económico, como medio para la propagación de las ideas y la orientación de las personas a quienes les informa de las diversas alternativas, productos o situaciones que se ofrecen, dándoles la oportunidad de escoger lo favorable.

Sin embargo y sin dejar de reconocer el rol altamente positivo que desempeña la publicidad en la economía no se puede pasar por alto las consecuencias negativas que trae consigo, debido a los excesos en que se incurre en la práctica. Se usa la publicidad para promover el consumo de cosas supérfluas e inútiles; el bombardeo continuo de la publicidad hace que se pierda la conciencia de la realidad, se miente o se exagera sistemáticamente la bondad y eficacia de los productos que se ofrecen,

así la publicidad promueve la alienación de las personas; el fin de la publicidad, la creación de las necesidades, en veces artificiosamente, la persona que no posee tal producto no vale la pena, mejor no debería vivir, en la publicidad se usa y abusa de todo, con tal de conseguir sus fines.

¿Con el fin de proteger a la comunidad debería regularse la publicidad?. Con la Ley de Protección al Consumidor se hizo algún intento al respecto, pues se establecieron algunas regulaciones, tratando de garantizar la veracidad, para evitar el engaño sistemático, mas al fracasar la aplicación de la Ley, el intento quedó fallido. En la Ley publicada en el R.O. No. 520 de septiembre 12 de 1990, se prevé el funcionamiento de un Comité Especial de Publicidad, encargado de suspender la publicidad que infringe la Ley, encargado también de aplicar sanciones, entre ellas al proveedor que no informe veraz y suficientemente sobre la calidad, cantidad, etc., con multa de diez a cincuenta salarios mínimos vitales. (Art. 38 lit. b) y encargado de aplicar las normas contenidas en el Código Ecuatoriano de Etica y Regulación Publicitaria, adoptado por la Asociación Ecuatoriana de Anunciantes. El Reglamento de Aplicación de la Ley del Consumidor, publicado en el R.O. 625 de febrero 19 de 1991, establece la integración del Comité Especial de Publicidad, mas, al parecer tal Comité no ha llegado a integrarse ni menos a funcionar. En nuestra realidad actual cabe analizar si hay infracción penal en este tipo de publicidad, en la forma sistemática de anunciar determinado producto, con engaño, al ofrecer propiedades o bondades que realmente no las tiene, como

ocurre por ejemplo en el anuncio de las panaceas que lo curan todo, o en la promoción de los adivinos o gurúes, que lo saben todo, del presente y del futuro.- Pienso que este tipo de publicidad puede constituir medio para la comisión del delito de estafa, pues hay engaño para conseguir el enriquecimiento ilícito, que son presupuestos de la estafa. En caso de que el autor de la publicidad sea el mismo beneficiario, esto es el fabricante o el vendedor de la panacea, o el adivino o gurú, la responsabilidad de la publicidad es de él exclusivamente y la estafa se consumaría con la venta de los productos. En caso de que el autor de la publicidad sea un tercero, el publicista, la Agencia de Publicidad que planificó y ejecutó el anuncio, a sabiendas del engaño, la responsabilidad se ubicará en el campo de la complicidad. Son cómplices los que indirecta o secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible por medio de actos anteriores o simultáneos (Art. 43 C.P.)

## LA MANIPULACION DE LA NOTICIA.

La noticia tal como la leemos en el periódico o la escuchamos en la radio o televisión, no es en muchos casos el fiel reflejo de la realidad, y es que la noticia o la información en general está propensa a ser deformada o tergiversada, en el proceso de elaboración y transmisión de la misma influyen muchos factores que pueden hacer que el resultado final no se compagine con la realidad.

La información a diferencia de la publicidad, las relaciones públicas y la propaganda, "está cubierta por el velo de malla de la objeti-

vidad".

No obstante en veces se manipula la noticia con fines preconcebidos, con mala intención y dolo y entonces estamos en el caso de la "Noticia tendenciosa".

El hecho de que la información pueda ser manipulada y que lo es en la práctica, no escapa a los profesionales de la prensa y a los estudiantes de la fenomenología de la comunicación, como no escapa a su recto entendimiento las consecuencias perniciosas que pueda producir y por eso no hace falta aludir a ellas en este trabajo, en que cabe únicamente el planteamiento de que si en la deformación intencional de la noticia, en su tergiversación con fines preconcebidos, ¿hay delito?. Diríamos que sí, siempre que se obre con mala intención y dolo, con la finalidad de causar daño, hay infracción penal. Puede entonces en esta práctica cometerse algún delito, según el bien jurídico que resulte lesionado, generalmente puede ser la honra de las personas que resulte atacada, o puede ser el orden público, las buenas costumbres o la seguridad del Estado.

## DE LAS ACCIONES PENALES PARA PERSEGUIR LAS INFRACCIONES QUE PUEDE COMETERSE EN EL EJERCICIO DE LA COMUNICACION SOCIAL.

Luego de la revisión que hemos hecho de las infracciones que puede cometer el periodista o comunicador social en el ejercicio de su profesión, cabe decir algo, aunque muy someramente, con respecto a la acción para perseguir la infracción.

De todas las infracciones aludidas, las que

atacan a la honra de las personas: calumnia, injuria, difamación, son de acción privada, esto significa que sólo pueden perseguirse mediante acusación particular del agraviado.

Las otras infracciones aludidas: desacato, atentados a la seguridad interna del Estado, la apología del delito, la instigación para delinquir, la intimidación, la publicación o distribución de escritos anónimos o sin pie de imprenta, los ultrajes públicos a las buenas costumbres, son infracciones que se persiguen de oficio por la autoridad correspondiente, la acción es pública, se inicia mediante Auto Cabeza de Proceso que puede tener como antecedentes: la pesquisa que de oficio actúa el juez, la excitación fiscal (en representación del Ministerio Público).- La denuncia (que puede formularla cualquier particular), la acusación particular (del agraviado), el parte policial informativo o la indagación policial y la orden superior de origen administrativo. (Arts. 14-15 del C. de P.P.).

Dice el Art. 428 del C. de P. P.: "Mediante acusación particular, los jueces penales juzgarán únicamente los siguientes delitos: "c. La injuria calumniosa y la no calumniosa grave" (ya se dijo que la injuria leve constituye contravención de Tercera Clase).

El trámite de juzgamiento de los delitos de acción privada y consecuentemente el de la injuria está regulado en el Art. 428 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

El procedimiento para el juzgamiento de los delitos que se persiguen por acción pública es el ordinario previsto por el Código de Procedimiento Penal, y como se trata de infracciones cometidas por los medios de comunicación

social, se aplican las normas especiales señaladas para este tipo de infracciones en el Código de Procedimiento Penal, en el llamado juicio de imprenta. (Arts. 415 y siguientes).

Dice el Art. 415 del C. de P.P. - En el juzgamiento de los delitos cometidos por medio de la imprenta, las radiodifusoras, televisoras y otros medios de comunicación social, se aplicarán las reglas propias del trámite ordinario, en lo que corresponda y además las reglas especiales previstas en este párrafo.

El Director, el dueño, o la persona responsable de la administración de la imprenta serán responsables de la infracción que se juzgue y contra ellos se seguirá la causa si no pusiesen de manifiesto el original que deberá llevar la firma autógrafa del autor, o si los autores fueren personas supuestas o desconocidas o irresponsables ante la Ley. Si se exhibe el original e identifica al autor, el juicio se incoará y seguirá contra éste. (Art. 420 y sig. del C. de P. P.).

## EL PLAGIO.

El plagio constituye un atentado a la propiedad intelectual. El comunicador social en el ejercicio de su profesión, puede cometer este tipo de infracción, prevista y regulada en la Ley de Derechos de Autor. Esta Ley Especial puntualiza cuales son los actos violatorios de los derechos de autor (Art. 117), entre ellos señala EL PLAGIO.

El Art. 118 de la mentada ley dice: "Se considera plagio la reproducción total o de parte fundamental de una producción intelectual ajena, como si fuera propia.

El Art. 128, prescribe: El plagio será castigado con prisión de seis meses a dos años y multa de cinco mil a veinte mil sucres; y el Art. 129 dice: La publicación, reproducción o venta de una obra sin autorización del titular de los derechos de autor, con prisión de seis meses a dos años y multa de cinco mil a veinte mil sucres.

Esta Ley de Derechos de Autor establece regulaciones sobre los varios tipos de infracciones a los derechos de autor y propiedad intelectual, infracciones que tienen su relación con el ejercicio profesional del comunicador social, que bien podrían ser analizadas, mas, el tiempo y espacio de que se dispone nos priva y tan sólo nos referimos al plagio, por ser la infracción de mayor incidencia e importancia.

La Ley aludida regula lo concerniente al ejercicio de las acciones penales, estableciendo en lo fundamental: que el ejercicio de las acciones por actos violatorios de esta Ley corresponde al autor, a sus sucesores, o a la sociedad autoral que lo represente, según el caso (Art. 116); que las acciones se dirigirán contra los que aparecieren responsables de la infracción, como autores, editores, impresores, organizadores, importadores, anunciantes o vendedores, gerentes de estaciones de radiodifusión o televisión, empresarios o propietarios de salas de espectáculo, gerentes de empresas fonográficas y el Art. 119 dispone que el Juez de lo Penal sustanciará de acuerdo con lo establecido por el Código de Procedimiento Penal, en lo que fuere aplicable, para el Juzgamiento por delito contra la propiedad, **UNICAMENTE POR ACUSACION PARTICULAR**, deducida por las personas determinadas en el

Art. 116. (Art. 131). Lo prescrito en este último Art. en el sentido de que sólo puede deducirse la acción mediante acusación particular del agraviado plantea el interrogante de si este tipo de infracciones son de acción privada o son de acción pública. Pienso y es mi parecer que son de acción pública, si se aplica en el procedimiento como dice la disposición, las normas previstas para el juzgamiento de los delitos contra la propiedad, pero con la salvedad de que la acción sólo puede deducirse por acusación particular, no por denuncia, excitativa fiscal, por pesquisa oficial del Juez, orden de Autoridad.

Esta Ley regula también lo concerniente a la acción civil para el cobro de indemnización de daños y perjuicios, estableciendo que la demanda se propondrá ante el Juez de lo Civil del lugar en que se haya cometido la infracción, quien la tramitará en juicio verbal sumario (Art. 121 ). Se puede proponer directamente la acción civil, sin que previamente se haya tramitado la acción penal.

### **DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

A más de la responsabilidad penal por infringir la Ley Penal, lo que vale decir, por cometer delito, en las múltiples formas que quedan analizadas, existe la responsabilidad civil por el daño cometido, responsabilidad que se traduce en la obligación de indemnizar a la víctima. Las normas legales que establecen y regulan la responsabilidad civil que proviene de la comisión del delito, se basan en la teoría de la culpa, que se expresa simplemente en este enunciado: Quién causa daño tiene que

resarcirlo. Quién por culpa o dolo causa daño a otro tiene que repararlo. ¿Cuál la forma de reparar del daño?. Pagando a la víctima las indemnizaciones correspondientes.

El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, será obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan por el delito o cuasidelito (Art. 2241 C. Civil).

Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos (Art. 2243 C. Civil).

Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado. Así los padres son responsables del hecho de sus hijos menores... (Art. 2247 C. Civil).

Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta (Art. 2256 C. Civil).

Los daños y perjuicios serán pagados en forma solidaria por todos los condenados. En la sentencia se ordenará el pago de estas obligaciones si hubiere acusación particular (Art. 329 C. de P. P.)

En caso de sentencia condenatoria la acción por daños y perjuicios no suspenderá la ejecución de la sentencia y se sustanciará ante el Presidente del Tribunal Penal, en juicio verbal sumario y en cuaderno separado ( Art. 331 C. de P. P.).

Tratándose de delitos de acción privada, en este caso, de delitos contra la honra, injuria calumniosa y no calumniosa grave, en caso de sentencia condenatoria, igualmente, la acción por daños y perjuicios se sustanciará ante el

mismo juez que dictó la sentencia, en juicio verbal sumario y en cuaderno separado (Art. 434 C. de P. Penal).

### **DE LA ACCION CIVIL POR DAÑO MORAL.**

Las imputaciones contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también por perjuicio moral (Art. 2258 C. Civil).

La disposición se refiere al perjuicio moral ocasionado con la calumnia o injuria. El ofendido tiene derecho a reclamar indemnización pecuniaria, cuando hay daño emergente o, lucro cesante como consecuencia de la infracción, por ejemplo, como consecuencia de la calumnia o injuria el ofendido ha sido cancelado de su cargo o ha sido separado de la función u obligado a renunciar, habrá daño emergente al perder su empleo y lucro cesante cuando el ofendido se ve privado de seguir prestando el servicio y por ende de seguir percibiendo la remuneración. Pero en casos no es posible justificar el daño emergente o el lucro cesante, a pesar de que es evidente el daño moral ocasionado. En tal caso, ¿Cómo medir el daño y establecer la indemnización y el monto de la misma?. Ante esta dificultad de índole práctica para determinar la indemnización, se dictó una Ley Especial Sobre Reparación de Daños Morales, ley publicada en el R. O. No. 779 en julio 4 de 1984.

De los considerandos de esta Ley se desprende el propósito y fin que persigue la mis-

ma, cual es: llenar un vacío evitando que quede sin reparación el daño moral ocasionado a la persona cuando ha sido víctima de imputaciones injuriosas que lesionan su honra y buena reputación. Dicen los considerandos:

Que en general las disposiciones del Título XXXIII del Libro IV del Código Civil que tratan de indemnizaciones relativas a los delitos o cuasidelitos y las demás que contienen el citado Cuerpo de Leyes en materia de indemnizaciones, versan únicamente sobre los casos de daños materiales causados a las personas.

Que innumerables actos ilícitos lesionan bienes morales, jurídicamente protegidos, sin embargo de lo cual en virtud de las actuales normas quedan sin reparación alguna.

Que es necesario llenar este vacío legal, incorporando preceptos acorde con las corrientes jurídicas actuales, de las que el Ecuador se halla al margen en este ámbito.

Con las disposiciones que se agregan por esta Ley al Código Civil, se producen las siguientes innovaciones importantes:

A las dos formas tradicionales de indemnización: el daño emergente y el lucro cesante, se agrega una tercera: la indemnización por daño moral prevista en esta Ley (Art. 1 de la Ley, que agrega un Inc. al Art. 1599 del C. Civil).

Precisa quien puede demandar la indemnización, y, quienes están obligados a la reparación del daño.

Lo que es más importante, deja a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, atentas las circunstancias (gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta).

Deja en claro que las instituciones y las personas jurídicas pueden ser también sujetos pasivos de daño moral, que en tal caso la acción para la reparación corresponde a sus representantes; y, que la acción por daño moral es independiente por su naturaleza de otras acciones que en caso de muerte, incapacidad para el trabajo u otras semejantes regulan otras leyes (Arts. que por esta Ley se agregan a continuación del Art. 2258 del C. Civil).

Con la expedición de esta Ley Especial se hizo factible el cobro de la indemnización mediante la acción civil propuesta en forma directa, sin que fuera necesario el proponer previamente la acción penal por injurias o difamación y la obtención de la condena al ofensor.

#### BIBLIOGRAFIA

Han sido Fuentes de consulta para la elaboración de este Trabajo: La Constitución de la República; Los Códigos: Penal, Civil, de Procedimiento Penal. Ley de Derechos de Autor, Ley de Seguridad Nacional y Ley del Consumidor.

Las siguientes obras: Manual de Derecho Penal de Francesco Antolisei. Diccionario Explicativo del Derecho Penal Ecuatoriano de Aníbal Guzmán Lara.

Periodismo de Emil Dovifat.

Concepciones Políticas y Jurídicas de la Información, de Jacques Leaute.

El Rol del Periodista de Cremilda Araujo Medina.

Legislación y Prensa de Franklin Salazar Savinovich. **R**

## El delito político

JOSE PEÑA RUIZ

**M**uchos pensadores del derecho aseguran que la naturaleza del delito político es extrajurídica; por eso han preferido abordar el tema desde un punto de vista exclusivamente histórico y han evitado resolverlo por la vía de una reflexión científica. Francisco Carrara, para dar un buen ejemplo de lo dicho, creyó que siendo el delito político fruto de la necesidad y de la excepción, es un fenómeno que se sitúa fuera del campo de la normatividad.

En los primeros siglos de esta era, en Roma, los delitos políticos se referían a figuras tales como: decapitar, vender o quemar la estatua del emperador, faltar el respeto a las imágenes imperiales, negarse a jurar por el genio del César o modelar estatuas de mayor altura que las dedicadas a él.

En el Digesto, se le conoce como el "crimen de majestatis" al delito político y adopta una tipificación más amplia, porque mantiene

como base los conceptos antes referidos y añade a ellos varias formas de sedición, dirigidas contra el pueblo o contra la seguridad pública, pero exigiendo que se pruebe que detrás de ellas, está presente una intención dolosa.

Las tribus bárbaras resolvían sus asuntos de importancia, en asambleas populares y a éstas tocaba juzgar los crímenes, considerados como los más horrendos, esto es, la traición y la cobardía. A los traidores se les ahorcaba colgándoles de un árbol y a los cobardes, a los que huían durante la guerra, se les arrojaba a los pantanos. Una y otra conducta son formas de lesionar los intereses del naciente estado.

Carlomagno, que durante treinta años, pretendió someter a las tribus germánicas de los sajones, optó por amedrentarlos a través de la expedición de leyes crudelísimas. Todos los que se rebelaban contra el emperador o contra el cristianismo, merecían la pena de muerte. Adorar a otro dios que no sea el cristiano, comer carne en los días de vigilia, eran delitos castigados con la pena capital. Eran para esa época, las aludidas infracciones, formas de delito político, toda vez que atentaban contra los intereses del Emperador.

Más tarde, en las Partidas, encontramos definido al delito político, como la "Lesae Majestatis" esto es, como un crimen, como una infracción de suma gravedad, "tanto quiere decir en romance como yerro de traición que faze ome contra la persona del rey". Las Partidas enumeran por lo menos catorce formas de traición, equivalentes al crimen de majestatis, que en suma, se reducen a ofensas contra la autoridad y la persona del monarca.

El delito político, hasta desaparecida la Edad Media, equivalió a una infracción con un contenido indefinido que abarcó todo acto hostil en contra del estado, ente político que para esta época se hallaba confundido, con la persona del rey. Las sanciones aplicadas a los responsables de esta grave infracción fueron del todo arbitrarias. Por ejemplo, el Papa Bonifacio VIII, en su calidad de jefe de estado, dispuso la destrucción de la casa de los autores del delito de *lesae majestatis*, además de privarles del derecho de testar. La sanción, en el ejemplo, afectó no solo al autor del delito, sino inclusive a su descendencia.

Las nuevas concepciones en torno al Estado y al Derecho que se formulan a raíz de la Revolución Francesa, no introdujeron cambios relevantes en la definición del delito político, puesto que siempre se legisló, en esta etapa de transición, con fórmulas del momento que impedían que la marcha del proceso revolucionario se detenga, por la presencia de sutilezas de índole jurídico. A los contrarrevolucionarios se les despojó de todo derecho, inclusive el de la defensa y los procesos que se desarrollaron para sancionar delitos políticos, se volvieron discrecionales, los jueces no tenían otro límite que su conciencia. Todo lo dicho a pesar de que Beccaría, en 1764 en su obra "De los delitos y de las penas" denunció la crueldad de los procedimientos utilizados, en los juicios contra los delincuentes políticos y las penas que se aplicaban.

El desarrollo del concepto de delito político ha sufrido variaciones que han sembrado de dificultades el camino, para establecer criterios homogéneos que nos lleven a formular un

concepto único.

La dificultad mayor para llegar a una definición, válida para todos, nace del hecho de que la noción de esta figura, se subordina a la suerte que corre el sujeto activo, en su propósito de hacer realidad un ideal. Miguel Macedo ilustra esta circunstancia, en unos versos que publicó en París: "Hoyes la fiesta del admirable arcángel que arrojó al diablo del cielo. Si el diablo hubiera arrojado a San Miguel, sería la fiesta del diablo".

Los móviles del delito político, son distintos de los que genera la comisión del delito común. El delito político se sustenta en el hecho de que el sujeto activo, tiene una concepción nueva o por lo menos distinta del estado y del hacer político, con relación al criterio de quienes ostentan el poder y para conseguir materializar su ideal, utiliza métodos que no son admitidos por quienes gobiernan.

Jiménez de Asúa cree que el delincuente político, busca mejorar las formas políticas y las condiciones de vida de las mayorías, por lo tanto no es un ser peligroso para la sociedad. Se pregunta este autor: ¿Cómo puede serlo quién se propone acelerar el progreso y dar una rapidez mayor a los cambios, probablemente inevitables, lejos de impedir la marcha ascendente de la humanidad?

Eusebio Gómez sostiene que el delito político, debe exteriorizar un ideal de reforma y de mejoramiento de las condiciones económicas, políticas y sociales.

El delito político resulta una suerte de aspiración que la mayoría de la gente desea, pero que se trastoca en delito, porque en el

intento de alcanzar el ideal, fracasa el autor, que es el conductor de un proceso social a todas luces positivo. Es la actitud de un espíritu superior que guiado por principios morales, políticos y sociales altruistas, trata de construir una sociedad nueva, rompiendo esquemas y estructuras, a costa de ser considerado un delincuente, si fracasa en su propósito.

En Kingston, Jamaica, en octubre de 1977, en un diálogo con representantes de varias iglesias, Fidel Castro decía: "nosotros tenemos un concepto de preso político y otro distinto de preso contrarrevolucionario. El preso político es aquel que es arrestado y condenado por querer mejorar la sociedad, luchar por el bien del hombre y el progreso de la sociedad. No tenemos el mismo concepto de aquellos que luchan por hacer retroceder la sociedad, a los que llamamos contrarrevolucionarios y están presos por cometer graves delitos".

José Grillo Longoria, afirma que el Derecho Penal establece sanciones benévolas, para los delitos políticos, como resultado de un proceso de luchas populares que así lo exigen, pero sus leyes, policías, tribunales, convierten los preceptos en letra muerta y esbirros uniformados o no, aplican la pena de muerte y la tortura, utilizan el terror que supera en sevicia y maldad a los métodos medioevales.

El verdadero delito político no contiene, en esencia, una carga de malicia o dolo, más bien su carácter delictivo tiene su referente, en el hecho de haberse cometido de tal o cual forma y dentro de un determinado régimen político.

Cada estado ha elaborado su propia concepción de delito político, de acuerdo a sus

intereses y no respeta principios de ninguna especie, más bien relativiza su conducta, a la realidad política del momento y a intereses inmediatos.

La Administración de Justicia debe estar alerta, frente a las argucias esgrimidas por delinquentes de cuello blanco que tratan de confundir la esencia humanitaria del delito político con la función pública que desempeña el sujeto activo del delito común. Es frecuente escuchar el argumento de que, es delito político, toda infracción cometida por altos funcionarios de un país. La esencia del delito político no hace relación a quién lo ejecuta, sino a los móviles que dirigen la conducta del infractor.

Con frecuencia, los gobiernos están apremiados, por determinar si una persona es o no delincuente político, a fin de concederle el derecho de asilo que demanda; es en estas circunstancias que se necesita acudir a las reflexiones de los pensadores del derecho que son las que nos conducirán, por el adecuado camino de la tipificación del delito político.

En tres conferencias interamericanas (1928, 1933 y 1954), los países de nuestro continente, se preocuparon de reglar la prestación del Asilo Diplomático y para ello desplegaron mucho esfuerzo, tratando de definir el concepto de delito político. En Caracas en la X Conferencia Panamericana, se concreta al fin una fórmula, respecto de la calificación del asilo, a favor de los que han cometido delitos políticos, ratificando el hecho de que esa calificación, de la delincuencia política, corresponde al Estado que presta el asilo y que éste, una vez concedido, de acuerdo a la convención, será incondicionalmente respetado por

el Estado territorial. Esta convención acordó que el asilo debe ser concedido, a aquellas personas que sean perseguidas por otras; o por multitudes que hayan escapado del control de las autoridades; o por las autoridades mismas y que su vida o su libertad se hallen en peligro, por motivos de persecución política y no pueda sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad.

Cuando surjan conflictos entre dos o más estados, por falta de acuerdo en cuanto a la calificación de delincuencia política, no debería depender la resolución de la voluntad de uno de esos estados, sino que debería volverse obligatoria, la concurrencia de todos los estados en conflicto, ante un tribunal de máxima representatividad internacional.

#### BIBLIOGRAFIA

Gómez Eusebio: Delincuencia Político-social.

Goldstein Raúl: Diccionario de Derecho Penal y Criminología

Ferri Enrico: Defensas Penales

Cousiño Mac Iver L.: Derecho Penal Chileno

Grillo Longoria José: Los delitos en especie

Ruiz Funes Mariano: Evolución del Derecho Político

Jiménez de Asúa L.: Crónica del Crimen

Beccaria César: De los delitos y de las penas

Cuello Calón Eugenio: Derecho Penal

Carrara Francesco: Programa del Curso de Derecho Criminal. **R**

## El derecho al cuerpo

MAX COELLAR ESPINOZA\*

**E**n consideración al avance que ha tenido la ciencia y tecnología médicas en los últimos años, especialmente por las nuevas técnicas quirúrgicas, el mejor conocimiento de nuestro sistema inmunológico y el descubrimiento de la ciclosporina -una droga que combate el rechazo-, que han hecho posibles los injertos y trasplantes de órganos y tejidos, con un 50% al 90% de éxito, creemos que es todavía de interés, por los problemas jurídicos y morales que ocasionan, referirnos brevemente siquiera, a la posibilidad de disposición de nuestro cuerpo.

Planteemos el asunto con las palabras de nuestra propia ley. El artículo 4, de los sin número del Art. 2 de la Ley 64, dictada el 26 de

\* Profesor Principal de Derecho Civil, Teoría del Negocio Jurídico y Práctica Forense de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, desde diciembre de 1972 hasta la fecha.

Mayo de 1987 y que se publicó en el R. O. N° 707 de fecha 15 de Junio del mismo año, que reformó nuestro Código de la Salud, reza:

“Art.... El trasplante o injerto puede hacerse entre personas vivas, o desde un cadáver a una persona viva.”

De la disposición anterior se deduce que existen dos situaciones, la una, ceder partes, tejidos u órganos de una persona viva a otra; y la segunda, ceder partes, órganos o tejidos de un cadáver.

### **Trasplante e injerto entre personas vivas.**

- La primera legislación que reguló sobre disposición de partes fue el Código Civil italiano de 1942, cuyo Art. 5, prescribe que los negocios jurídicos que recaen sobre el cuerpo, están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando de otro modo son contrarios a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres. Ello significa, entonces, que cuando el negocio jurídico recae sobre una parte del cuerpo humano, sin ocasionarle una disminución permanente de la integridad física, ni atentar contra el orden público o las buenas costumbres, si están permitidos.

Así enseña el Profesor de la Universidad de Roma, Giuseppe Branca: “En suma, para precisar: hay dos categorías de derechos a la integridad personal: a) una primera, constituida por derechos en verdad **esenciales**, indisponibles, irrenunciables, etc., indicados precisamente por el artículo 5 (y que son los únicos que de momento nos interesan); los negocios que de ellos disponen son radicalmente nulos (si Ticio se empeña en que le ampute un brazo sano,

por cualquier motivo que sea), el contrato es nulo y si no se cumple, en principio no estará obligado ni al resarcimiento de daños el otro contratante; b) una segunda categoría contiene facultades cuyo ejercicio o abuso no perjudica sustancialmente la salud y aún a menudo la mejora: no se trata de derechos esenciales o primarios (aún cuando sean personales) que deben quedar desde luego catalogados aquí, no pudiendo dejar de ser disponibles; consecuentemente son válidos los contratos celebrados con el cirujano, el callista, y la nodriza, etc.”

**Enajenación de sangre.**- Como disponible tendríamos la sangre. Contamos con dos leyes al respecto: la primera, la Ley 170, de donantes voluntarios de sangre, publicada en el R. O. 776 de Junio 29 de 1984, que tiene como finalidad la organización y registro de donantes de sangre en Colegios y Universidades, ley que creemos ha tenido muy poca o ninguna aplicación. La segunda, es la Ley 54, de aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados, publicada en el R. O. del 7 de Noviembre de 1986, por la que se prescribe que la Cruz Roja Ecuatoriana, será la institución que organizará el sistema de bancos y depósitos de sangre, bajo su responsabilidad; que el Ministerio de Salud Pública, el IESS, las Fuerzas Armadas y la Junta de Beneficencia de Guayaquil, continuarán administrando sus bancos y depósitos, bajo el control reglamentario de la Cruz Roja. Se prohíbe la exportación de sangre o sus derivados, salvo casos expresos de donación, originados en razones emergentes y humanitarias, debidamente autorizados y su-

pervisados por la Cruz Roja Ecuatoriana.

A nuestro parecer, la venta de sangre por parte de quienes pueden, sería un acto lícito; acto que por otra parte, se da en la práctica, por la necesidad o codicia del dador y, principalmente por la necesidad de salvar la vida al receptor; por esta razón creemos que la Ley 54, guarda prudente silencio y no hace referencia a venta ni donación de sangre; mas, lo ideal sería que el acto fuese siempre gratuito, solo con fines humanitarios, por solidaridad, con absoluto respeto a lo que se llamó por un simposio reunido en Cartagena -Colombia-, en Noviembre de 1984, con los auspicios de la ONUDI y la Cruz Roja colombiana, “**ética de la sangre gratuita**”. Los 150 especialistas reunidos en ese simposio, denunciaron la existencia de empresas privadas en Latinoamérica, destinadas a comercializar sangre, principalmente hacia los Estados Unidos, explotando a las poblaciones pobres. Eso es, entonces, lo que nuestra ley 54 trata de evitar, cuando prescribe que solo la Cruz Roja, pueda establecer bancos y depósitos de sangre y, al prohibir, por regla general, la exportación de sangre.

**Enajenación de cabellos.**- Dentro del ámbito de la ley, no constan los cabellos, la leche, ni el semen. Sobre la comercialización de los cabellos, no existe problema alguno, quienes los tienen largos y bellos los pueden vender o donar, después de todo, el tiempo los restaurará a su esplendor anterior. “China fue hace tiempo la proveedora de cabellos naturales, a los almacenes de alta costura, para los vestidos de las elegantes señoras europeas”, se lee en una nota de la obra de Valencia Zea,

como afirmación de Rotondi.

**Enajenación de leche.**- El contrato de lactancia, estaba regulado en nuestro Código Civil, como arrendamiento de servicios. Fue derogado, porque para el nacimiento de un “niño bien”, en nuestra sierra especialmente, estaba contratada una india o chola sana y robusta, para que le amamante; de esa manera, el “niño bien” se criaba, lo que en el vulgo se decía “a dos leches” mientras que el hijo de la india o chola, apenas “a media leche” o menos.

La leche materna es insustituible alimento del hijo, durante su período de lactancia, por tanto, no debe privársele en beneficio de otro; pero, hay casos de criaturas que mueren durante el parto o a los pocos días de nacidos, entonces por qué no aprovechar la leche de esa madre en beneficio de otro niño, cuya madre por muchas razones, especialmente el uso de antibióticos, no produce leche. El Dr. Luis Sarrazín, ex Ministro de Salud y distinguido pediatra de Guayaquil, sostiene que para la producción de leche, una mujer no requiere el embarazo, ni haber parido, que se produce solo como reacción al estímulo de la succión de la boca del bebé en la mama. No tenemos por qué poner en duda la afirmación de la autoridad médica, porque la hemos confirmado con otras fuentes, ni desconocer la realidad de la mortalidad infantil, por ello, creemos que debiera regularse nuevamente este contrato en el Código de la Salud, estableciendo con claridad sus limitaciones, y permitirse que sea a título gratuito o a título oneroso.

**Enajenación de semen y alquiler de vientre.**- La inseminación artificial se practica en animales, al parecer desde hace mucho tiempo; ha dado como resultado el mejoramiento de la raza animal y asegura una reproducción dirigida, aprovechando los sementales que no podrían cubrir a todas las hembras de la manada en forma natural.

La inseminación artificial en seres humanos, toma verdadero auge a partir de la década de los ochenta, a pesar de que durante la segunda guerra mundial, se calcula que más de veinte mil mujeres de soldados americanos, recibieron desde el teatro de los acontecimientos, el esperma de sus maridos para inseminarse artificialmente. Que las mujeres se hayan inseminado o no con el semen de sus maridos es una cosa, pero la Corte Suprema de Nueva York, en los casos que le correspondió resolver, declaró a esos hijos, como legítimos.

La finalidad de la inseminación artificial en mujeres, es combatir la esterilidad en personas casadas, o dar la posibilidad a la mujer que no quiere concebir mediante el método natural de copular con un hombre, ni sujetarse al matrimonio, de ser inseminada artificialmente con el semen de un dador desconocido.

Esto, que a primera vista parece justificable, no lo es para muchos autores, ni para la Iglesia Católica, porque conlleva una serie de problemas éticos y jurídicos.

El primer problema que se ha dado, es el de la comercialización de esperma "elitista". W. Shockley, uno de los inventores de la radio a transistores, consideró que era una lástima desperdiciar el esperma de los sabios y en colaboración con Robert Graham, un hombre

de negocios, creó un Banco de esperma de los premio Nobel (se afirma que tres galardonados dieron su semen). La primera "bebé Nobel", se llamó Victoria y nació en Abril de 1982. Eso implica una verdadera estafa, porque es desconocer las leyes biológicas sobre la herencia de la inteligencia, aún de ser cierto que fue inseminada con el semen de un sabio. Lo peor del caso es que su publicidad, permitió saber que la madre, fue privada de la tenencia de sus dos hijos anteriores por malos tratos, meses antes del nacimiento de Victoria. Parece que Graham tuvo gran éxito con los "bebés Nobel", ya que fundó otro banco, el de semen de campeones en deportes.

La inseminación puede ser homóloga, cuando se usa el semen del marido; o, heteróloga, cuando se usa el semen de un dador extraño.

La inseminación homóloga, no acarrea problema legal alguno; pero, la heteróloga sí, sobre todo en legislaciones donde la investigación de la paternidad es libre. La jurisprudencia extranjera es abundante: divorciados los cónyuges, el marido se ha negado a reconocer al hijo como suyo, puesto que en realidad no lo es; la mujer por idénticas razones ha negado la paternidad al marido; un niño concebido de un donante desconocido, ha sido declarado ilegítimo, a pesar de haber nacido dentro de matrimonio; en algunos casos la esposa ha sido acusada de adulterio, muy a pesar de que no conoce siquiera al dador del semen.

A la clasificación anterior, nosotros haríamos otra: en inseminación interna y externa. Interna, cuando simplemente se deposita el semen en la vagina de la mujer. Externa, la de los "bebés probeta", es aquella por la que se

extrae los óvulos de la madre y se los fecunda "in vitro" con el esperma del hombre, para después de 48 horas traspararlo al útero de la madre, donde terminará su gestación. Este método se usa cuando por alguna causa, obstruidas las trompas de Falopio por ejemplo, no puede pasar el óvulo, del ovario al útero. Si la mujer no produce óvulos o éstos no sirven, queda la posibilidad de que una extraña dé sus óvulos, y luego de la inseminación, se implante en el útero de la esposa.

Consideremos también el método del reemplazo, o "**alquiler del vientre**". Una mujer no es capaz de gestar a la criatura, por defectos de su útero. Sus óvulos son fecundados "in vitro" con el semen de su marido y luego se implanta en el útero de una mujer, que lo arrienda para la gestación y termina con el nacimiento de la criatura. ¿Quién es la madre de ese hijo, la que aportó el óvulo o la que lo gestó en su vientre? La madre genética es la que dio el óvulo, pero entre nosotros, la madre legal sería la que lo pare. Por estas situaciones, a más de novelas y telenovelas, se han dado escandalosos procesos judiciales.

Desde el punto de vista moral, sobre las cuestiones aquí tratadas, el Papa Pío XII, ante el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, estableció: a) La fecundación artificial fuera de matrimonio, ha de condenarse pura y simplemente como inmoral; b) La fecundación artificial en matrimonio, pero producida por un elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral; c) Solo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos, para engendrar una vida nueva, pero el elemento activo no puede jamás ser procurado ilícitamente

por, actos contra la naturaleza.

De lo anteriormente expuesto, surgen algunas interrogantes: ¿Debe prohibirse la inseminación artificial?... ¿Debe permitirse?... ¿Debe permitirse la inseminación artificial en mujeres solteras?... Dentro de matrimonio, ¿Debe permitirse la inseminación homóloga y heteróloga?... ¿La interna y la externa?... ¿Debe permitirse el alquiler del vientre?.

De permitirse el alquiler del vientre, solo sería en el caso de que la mujer no pueda gestar, porque existe igualmente la posibilidad de que se alquile por comodidad, por no sobrellevar las molestias del embarazo y parto; y, así como antes existían las amas de cría, mujeres de clase modesta que amamantaban a los hijos de las mujeres ricas, en el futuro podrían existir las madres de "reemplazo", profesionales de la gestación.

Por la técnica de la fecundación "in vitro", se fecunda 9, 10 o 12 óvulos y de esos, uno solo o los que resulten elegidos, de acuerdo al número de hijos que se deseen, se implanta en la madre, ¿qué pasa con los demás?... Sin pronunciarnos por ningún criterio sobre el interrogatorio propuesto, la verdad es que los científicos que trabajan sobre la fertilidad, se adelantan a las regulaciones legales y, lo que es peor, sin considerar principios morales.

Entre nosotros hay un vacío legal que debe ser llenado. El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, el 30 de Abril de 1987, propuso un proyecto de ley sobre inseminación artificial, que desgraciadamente no prosperó.

**Enajenación de órganos.**- Un poco de historia sobre los trasplantes de órganos: Un

oftalmólogo austriaco, el Dr. Eduard Zirm, restauró la vista de un obrero mediante un trasplante de córnea en 1950, fue la primera operación exitosa de ese tipo y hoy su éxito alcanza a más del 90%. En 1954, en un Hospital de Boston, se realizó el primer trasplante exitoso de riñón entre mellizos, la operación la practicó el Dr. John Merrill, hoy es una operación común en Quito y Guayaquil. En 1963, el Dr. James Hardy de la Universidad de Misisipi, realizó el primer trasplante de pulmón, la paciente falleció a los 18 días. Actualmente se prefiere realizar trasplantes combinados de corazón y pulmón y el primer trasplante exitoso lo realizó en 1981 el Dr. Norman Shumway, de la Universidad de Stanford. En víctimas de diabetes, el trasplante de páncreas elimina la necesidad de inyectarles regularmente insulina y previene las complicaciones de visión y circulación sanguínea, comunes en esta enfermedad; fue ensayada por primera vez esta operación, en 1966, por el Dr. Richard Lillehei de la Universidad de Minnesota. Por ser órgano único (el páncreas), solo puede practicarse de cadáver a persona viva, al igual que el trasplante de corazón, que lo practicó por primera vez, el Dr. Christian Barnard, en 1957, en la ciudad del Cabo y hoy posibilita a los pacientes una supervivencia de más de 15 años.

Prescindiendo de los aspectos técnico médicos, transcribimos las regulaciones de nuestra ley 64, al respecto:

Art... Para que una persona pueda entregar en vida un órgano o tejido a trasplantarse o injertarse, es necesario que reúna los requisitos siguientes:

a) Que se trate de uno de los órganos

pares, o materiales anatómicos, o tejidos perteneciente a órganos, cuya remoción no implique riesgo razonablemente previsible de muerte o incapacidad total o permanente del dador;...

Art.... Queda prohibido el trasplante de tejidos, órganos o partes de una persona viva, que ponga en peligro su existencia o altere significativamente la salud del dador.

El médico que contraviniendo los requisitos establecidos en el artículo anterior, procediera a una operación de trasplante, será juzgado de conformidad con las leyes penales según la gravedad del daño.

Para que una persona pueda en vida entregar uno de sus órganos, según nuestra ley, debe tratarse de órganos pares, como los ojos, riñones, pulmones, ovarios y testículos; y, que su remoción no implique un riesgo de muerte ni incapacidad total o permanente.

La ley reza: "Para que una persona pueda entregar", pero calla a qué título; puede, entonces, ser a título oneroso o a título gratuito; y esto, acarrea el problema de la comercialización de los órganos, como ha sucedido especialmente en Japón y en Brasil, donde se anuncian en los periódicos las ofertas de ojos y riñones, en buen estado y a precios razonables.

**Los contratos que se celebren sobre órganos, tejidos o partes del cuerpo no son exigibles.** Expliquemos esto con el Profesor Branca: "Sin embargo, estos contratos, aunque se refieran a derechos disponibles, tienen una fuerza que no es ilimitada: es decir, que si no se cumplen, no sólo por ello son susceptibles de ejecución en forma específica:

Si Cayo se ha empeñado en que el cirujano X le opere, o Caya con Mevia ha convenido en que le alimente una niña y después cambian de parecer, el Juez no puede imponer a X que opere, ni a Caya que amamante a la hija de Mevia. La razón estriba en que no puede haber intervención coactiva sobre el cuerpo humano, porque éste, en sí mismo, no es objeto de enajenación o ejecución forzada. Esto es tanto más cierto, cuanto que los actos de disposición de partes del propio cuerpo (venta de cabello, de sangre, etc.) o del cadáver, tienen eficacia (como ventas de cosas futuras) solo cuando las partes, segregándose, se vuelvan cosas por sí mismas, o el cuerpo deje de ser atributo de una persona viva; antes de entonces, tales actos carecerán de efectos, por virtud de que el cuerpo humano no es susceptible de constituir objeto de relaciones jurídicas."

**II.- Disposición del cadáver.** "La persona termina con la muerte", reza el Art. 64 de nuestro C. Civil. El cadáver, pasa a la calidad de cosa, de propiedad de los herederos, pero con facultades de disposición limitadas por el causante en vida, o de no haber ninguna disposición, solamente para su inhumación o cremación y, en los últimos tiempos, para fines científicos. En caso de no reclamar los herederos en los hospitales públicos, una costumbre que se ha impuesto contra la obligación del Estado de inhumar o cremar un cadáver, es su utilización para estudios en las Facultades de Medicina.

Los actos de disposición del cadáver, para fines científicos, son considerados inmorales cuando son a título oneroso; pero a título

gratuito, no solo son considerados como buenos, sino estimulados. Transcribimos de la Ley 64, a la que tantas veces nos hemos referido, las disposiciones que consideramos son de nuestro interés:

Art.... Cualquier persona civilmente capaz puede donar los tejidos, órganos o partes de su cuerpo para que sean trasplantados una vez que hubiere fallecido.

El consentimiento lo otorgará ante el Notario o ante un Juez de lo civil del lugar donde reside o se encuentre en tránsito. En la declaración notarial o judicial, que necesariamente será por escrito, se hará constar el nombre y los apellidos del donante, su voluntad claramente manifestada de donación, especificando el tejido, el órgano o las partes que deben ser utilizados, el nombre y apellido de la persona beneficiada con la donación, o la razón social de la institución escogida, que no puede ser otra que un centro hospitalario nacional dedicado a la conservación de tejidos, órganos o partes humanos, debidamente autorizados por la Dirección General de Sanidad.

Ni los padres, ni los guardadores o representantes legales, ni ninguna otra persona, puede otorgar el consentimiento para ceder órganos, tejidos o partes a nombre de sus hijos, pupilos o representados, con fines de trasplante o para otra operación semejante.

Art.... En caso de que una persona fallecida no hubiese dispuesto en vida de su cadáver, el cónyuge, los hijos, los padres y los hermanos, en ese orden sucesivo, podrán autorizar por escrito, el trasplante o injerto de tejidos, órganos o partes del fallecido, pero a título gratuito.

Podrán igualmente autorizar la extracción

de glándulas, córneas, etc., para donarlas a un centro hospitalario especializado en trasplantes, o en conservación de tales tejidos, órganos o partes.

Si los parientes del fallecido, o el cónyuge, hubieren cedido a título oneroso, serán sancionados como autores del delito de profanación de cadáveres, aumentada la pena de un tercio a la mitad.

**OBRAS PUBLICADAS POR EL AUTOR:**

Reformas al Libro I del Código Civil. Publicaciones del Departamento de Difusión Cultural de la Universidad de Cuenca.- 1987.

Derecho de Personas. Publicaciones del Departamento de Difusión Cultural de la Universidad de Cuenca.- 1991.

Comentarios a las Reformas al Código Civil. Fondo de Cultura Ecuatoriana.- 1992. **R**

# Los menores infractores

VICTOR VANEGAS CAMPOVERDE\*

**A**

l estar vinculado por 24 años al área de Rehabilitación de Menores, me permito hacer algunos alcances de esta problemática con algunos apuntes, que ante todo son sacados de la experiencia, que con mucha pasión y la entrega de toda una vida he dedicado a penetrar en la personalidad y su entorno, del menor en dificultad y en riesgo que hoy de acuerdo con la ley los conocemos como los menores infractores.

**1.- DIAGNOSTICO SOCIAL Y PERFIL DEL MENOR INFRACTOR.**

A partir de la década del 60, se opera en nuestro país un acelerado proceso de industrialización, que no solo supone cambios en la

\* Profesor de la Facultad de Jurisprudencia. Escuela de Trabajo Social.- Director de la Unidad de Rehabilitación de Menores Varones.

base económica sino que también se opera un proceso de rearticulación del aparato jurídico, político y cambios en general a nivel de la superestructura.

El proceso de industrialización, está dinamizado por un sector moderno o por el capital financiero internacional, que para su penetración y desarrollo va creando una nueva ideología.

Con el desarrollo capitalista, aparecen nuevos problemas para los distintos sectores. Estos nuevos problemas se presentan como "desajustes" de los distintos sectores sociales a la cambiante realidad. Día a día van agudizándose problemas como la drogadicción, delitos sexuales, sustracción, homicidios, vagabundeo, alcoholismo, etc. que si bien existían en el país, son los auges del desarrollo capitalista los que los agudizan. En efecto, en los últimos años se han producido grandes concentraciones humanas en la urbe, el apareamiento de un extenso subproletariado y de un sector lumpen de la sociedad.

La Falta de trabajo, el exceso de tiempo libre, la proliferación de una agresiva propaganda de las productoras de alcohol y cigarrillo; la exacerbación de la sexualidad, la acelerada ruptura de la familia como núcleo de la reproducción de la ideología son entre otros los signos más relevantes que la nueva situación presenta como marco en el cual la problemática social se va ahondando.

El Estado desarrolla una política de integración de los distintos sectores sociales, así como formas de prevención y recuperación de la fuerza de trabajo deteriorada física o intelectualmente y los esfuerzos en este sentido son

aún débiles y cuantitativamente reducidos. Es importante entonces resaltar un proceso de evaluación de nuevas líneas de trabajo, para llegar a nuevos y más extensos sectores y sobre todo ir mejorando los marcos teóricos que analicen con mayor rigor científico los diferentes aspectos que presenta el fenómeno.

En estos momentos la familia no puede desempeñar el papel fundamental del núcleo primario de la sociedad en el sentido que no puede reproducir de manera más armónica la ideología de la sociedad y consecuentemente no puede cumplir con su fin supremo: formar, mantener y proteger a la nueva fuerza de trabajo que se incorporará de manera no conflictiva a la sociedad.

Si la familia se desintegra y no puede cumplir su objetivo, las instituciones ideológicas coadyuvan a resolver esta problemática pero, no asumiendo la reproducción material de los sujetos sociales. Y las conclusiones serán de dos órdenes: sugerencias para la realización de lo que hoy existe en los propios marcos en los que se desenvuelve y una evaluación crítica de sus límites en tanto organismos estatal que pretende cumplir una función **"rectificadora de la conducta del menor infractor"**, para incorporarlos de manera armónica a la familia, a la producción en una palabra a la sociedad.

El actual modelo de desarrollo de la sociedad ecuatoriana, tiene una endémica incapacidad de integrar, económica, política e ideológicamente a todos los sectores y estratos sociales.

No interesa para la presente reflexión caracterizar este modelo de desarrollo sino señalar los límites sobre los cuales se pretende

actuar, en este trabajo.

Son los estratos sociales más pauperizados, los que constantemente son expulsados o que no alcanzan a integrarse armónicamente en lo político e ideológico; es decir una falta de integración al aparato productivo a las instancias políticas de participación y a los diferentes niveles de reproducción ideológica, hecho que las ciencias sociales y psicológicas las registran como un **"desajuste entre el hombre y el medio"**.

Los niños y adolescentes de nuestra sociedad, soportan también este proceso y viven de manera concentrada en su familia, en el aparato escolar y en su barrio.

La crisis agudiza contradictoriamente las relaciones padres-hijos, profesor-alumno y en general sociedad-joven, hechos que determinan una específica particularidad a la vivencia de los que se han determinado **"gallada", "pandilla" o "ladrones solitarios"** que normalmente son señalados como alteradores de la paz de la sociedad.

A nuestro modo de ver esas "galladas", "pandillas", constituyen elementos impugnadores, anárquicos de la sociedad, a la incapacidad de la misma por entregar y desarrollar la enorme capacidad creativa de esa juventud inquieta.

Podríamos arribar a conclusiones, luego de haber estudiado muchos casos de menores infractores:

a) La mayoría de jóvenes provienen de familias desintegradas, con grandes contradicciones en su interior o destruidas.

b) Los jóvenes al no integrarse al aparato productivo, ni al aparato escolar optan por

sustraer bienes ajenos en primera instancia para satisfacción de sus necesidades básicas personales y familiares, y luego para el financiamiento de todo tipo de drogas. Lo anterior con gran incidencia desde hace unos 10 años.

c) En menor porcentaje se encuentran los homicidios, deserciones escolares, contravenciones, vagabundeo, fuga de hogar, etc.

Dentro de estos tres aspectos englobamos la tipología básica y demostramos que la situación conflictiva se encuentra en la familia, el aparato productivo y el escolar, pero que para efectos de nuestro trabajo lo priorizamos: la familia, la escuela y la "gallada" como instancias en la que viven intensamente los menores de los estratos populares.

Muchos estudios se han hecho de tipologías básicas pero para los educadores de menores infractores del Ecuador, resumimos así:

Aspectos fenoménicos globalizantes: desadaptación, retraso escolar- deficiencias nutricionales- desestructuración familiar- carencia de valores- presencia de psicopatías de varios géneros- dependencia de amistades nocivas.

Aspectos de la vida afectiva: presencia de complejos- carencias afectivas- rebeldía y desconfianza- agresividad- inestabilidad- inseguridad- apatía.

Aspectos del comportamiento: indisciplina- irresponsabilidad- renuncias a cambios- rechazo a la autoridad- sexualidad irregular- tendencia al uso de drogas.

## 2.- LA LEY Y LOS MENORES INFRACTORES.

No siendo un especialista en las leyes, debo indicar que a más de los preceptos constitucionales, derecho del niño, Convención sobre los mismos derechos y otros afines, etc. analizaremos muy brevemente sobre la Nueva Ley de Menores puesta en vigencia en el año 1992.

Uno de los aspectos de cambio dentro del área de los menores infractores es aquel que trata de poner en coordinación el Servicio Judicial, la Policía y las estructuras administrativas del Ministerio de Bienestar Social ya que se dio énfasis a tres aspectos: Derecho a la Defensa, Asesoría; privación de la libertad solo en casos excepcionales y confidencialidad de los procesos.

Digno de relevar en este nuevo Código de Menores es que el menor es considerado como sujeto de derechos y no como se lo concebía como el futuro de la Patria, sino como un presente vivo y permanente, dejando de lado aquella concepción de delincuente juvenil, menor de conducta irregular, por el de menor infractor en todos los casos, por más graves que hayan sido las faltas cometidas por el menor.

"Hay infracción cuando el menor realice un acto que se encuentra tipificado en las leyes penales".

- El nuevo Código establece que ningún menor será privado de su libertad por flagrante infracción o por orden escrita y fundamentada del Tribunal de Menores, la misma que será emitida en casos excepcionales de violencia, atentados contra la vida e integridad física de

las personas.

- Los miembros de la policía nacional que realicen la detención de un menor deberán identificarse, informarles sus derechos y la causa de su detención.

- Se prohíbe el traslado de menores mediante la utilización de esposas, cuerdas o cualquier otro medio que atente contra su dignidad.

- Los menores detenidos deberán ser trasladados inmediatamente a un centro de retención temporal de menores y en ningún caso se les deberá retener con adultos.

- En un máximo de 48 horas el Tribunal de Menores debe establecer la existencia del hecho y serias presunciones de participación del menor, si el Tribunal no encuentra una prueba de la participación del menor en la infracción, o se establece que no hubo infracción, el menor debe ser puesto en libertad inmediata.

El Nuevo Código de Menores que se encuentra en vigencia trata desde todo punto de vista de proteger y de asistir al menor como sujeto de derechos al cual no se le puede considerar como sujeto de delito siendo por lo tanto irresponsable e inimputable. Mirando el asunto psicosocial del menor como ser humano, es el Programa de Libertad Asistida que se ha iniciado con gran entusiasmo en las Instituciones de Rehabilitación de Menores del País, al igual que otras medidas socio-educativas de gran aliento social y comunitario en beneficio del menor.

## 3.- CONTRADICCIONES

A pesar de que la actual Ley de Menores es progresiva, existen algunos vacíos; pero lo más

alarmante es su no aplicación, anotaremos algunas características:

- Los menores siguen siendo detenidos por indocumentados y por sospecha en otros casos para investigación.

- Siguen siendo trasladados a calabozos comunes con delincuentes adultos para "investigación".

- Continúan trasladados con la utilización de esposas y cuerdas.

- Muchos Menores son detenidos por batidas.

- Un aspecto que merece una reflexión seria y profunda es aquel de los menores infractores de "alto riesgo" y que aprovechan de la protección de la Ley de Menores para la reincidencia permanente y así mismo la fuga reiterada de Instituciones de Rehabilitación de Menores inseguros física y humanamente.

## 4.- SUGERENCIAS

Debe crearse instituciones de rehabilitación cerradas para tratamiento de menores de

"alto riesgo" y que como se encuentran en la actualidad estas instituciones no ofrecen seguridad.

La Constitución de la Policía Tutelar de Menores.

Implementar en el país las Comunidades Terapéuticas para los menores y jóvenes fármaco-dependientes que hoy se encuentran en las Unidades de Rehabilitación sin recibir el tratamiento específico.

Que el Estado Ecuatoriano establezca a través de políticas sociales claras y coherentes, los sistemas y modelos de rehabilitación de menores a ser aplicados en todo el país.

Creación en el país de los Centros de atención preventivos, para los menores que se encuentran en peligro de caer en las infracciones, con programas de educación y capacitación artesanal.

Que se implemente los centros de atención para menores incurables y con problemas severos y profundos de personalidad, para que dejen de ser internados en instituciones que tienen otros objetivos. ■

## COLABORAN EN ESTE NUMERO:

**Fernando M. Mariño**, catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III de Madrid.

**Alejandro Teitelbaum**, Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Buenos Aires y Diplomado en Relaciones Económicas Internacionales en el Instituto de Estudios del Desarrollo Económico y Social de la Universidad de Paris I. Representante Permanente de la Asociación Americana de Juristas ante las Naciones Unidas en Ginebra.

**María José Farinas Dulce**, profesora titular de Filosofía y Sociología Jurídicas. Universidad Carlos III de Madrid.

**Fernando Chamorro**, profesor de Ciencias Penales y Criminología. Universidad Central del Ecuador.

**Pedro Fernández de Córdova**, profesor de Filosofía del Derecho. Universidad de Cuenca.

**Bolívar Avila**, ex alumno de la Facultad de Jurisprudencia. Profesor de la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación. Universidad de Cuenca.

**Raúl Moscoso Alvarez**, Presidente de la Asociación Americana de Juristas, rama ecuatoriana.

**Daniel Encalada Alvarado**, Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca.

**José Peña Ruiz**, Subdecano de la Facultad de Jurisprudencia. Profesor de Introducción al Derecho y Derecho Penal. Universidad de Cuenca.

**Max Coellar Espinoza**, profesor principal de Derecho Civil y Teoría General del Negocio Jurídico. Universidad de Cuenca.

**Victor Vanegas Campoverde**, profesor de Historia del Trabajo Social. Universidad de Cuenca. Director de la Unidad de Rehabilitación de Menores Varones.

## NOMINA DEL PERSONAL DOCENTE DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

**Decano de la Facultad:**

Dr. Pablo Estrella Vintimilla

**Subdecano de la Facultad:**

Dr. José Peña Ruiz

### ESCUELA DE DERECHO:

Dr. Teodoro Coello Vazquez:

Dr. Jorge Morales Alvarez

Dr. Pedro Fernández de Córdova

Dr. Caupolicán Ochoa Neira

Dr. Teodoro Ordóñez Monsalve

Econ. Max Bernal Villa

Dr. Blasco Alvarado Vintimilla

Dr. Carlos Castro Riera

Dr. Hernán Coello García

Dr. Rubén Tenorio Oramas

Dr. Max Coellar Espinoza

Dr. Gabriel Tenorio Salazar

Econ. Medardo Mora Peña

Dr. Leonardo Moreno Aguilar

Dr. Patricio Cordero Ordóñez

Dr. Fernando Domínguez Dávila

Dr. Florencio Morales Torres

Dr. Teodoro González Argudo

Dr. Edgar Coello García

Dr. Kaiser Machuca Bravo

Dr. Francisco Carrasco Vintimilla

Dr. Edgar Tamayo Jaramillo

Dr. Homero Moscoso Jaramillo

Lic. Manuel Quesada Orellana

Dr. Raúl Andrade Zea

Econ. Javier San Martín Rojas

### ESCUELA DE TRABAJO SOCIAL:

Lic. Cecilia Castro Ledesma:

Lic. Raúl Castillo Poblete

**Directora de la Escuela**

Lic. Victor Vanegas Campoverde

Lic. Eloy Palacios Espinoza

Lic. Diana González Montesinos

Lic. Raúl Eduardo Gómez

Lic. Lucila Bermúdez Coronel

Lic. Luis Araneda Alfero

### SECRETARIO PROCURADOR DE LA FACULTAD:

Dr. José Aguilar Contreras

### AUXILIARES DE SECRETARIA:

Mery Farfán Vasquez

Graciela Encalada Ochoa