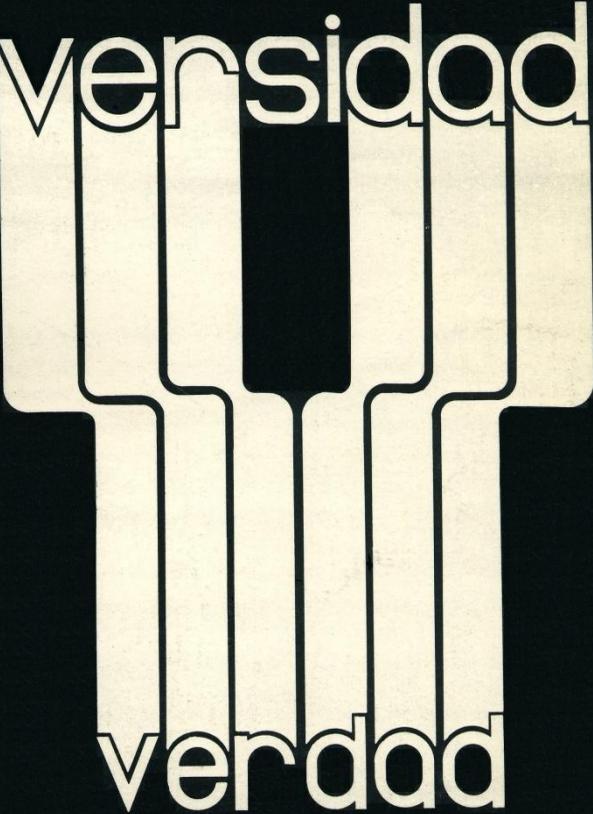


PUCE SEDE EN CUENCA

No. 5

universidad
verdad

A stylized graphic in a light beige color, resembling a hand holding a torch. The hand is formed by several vertical bars of varying heights and widths, with rounded ends. The word 'universidad' is positioned above the hand, and the word 'verdad' is positioned below it. The entire graphic is set against a solid black background.

UNIVERSIDAD - VERDAD



**REVISTA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATOLICA DEL ECUADOR, SEDE EN CUENCA**

No. 5

Marzo de 1990

UNIVERSIDAD VERDAD
Revista de la Pontificia Universidad
Católica del Ecuador, Sede en Cuenca

Dr. Claudio Malo González
Decano General de Planificación y
Coordinación Académica

Lcdo. Franklin Ordóñez
Subdecano de la Facultad de Filosofía

Eco. Roberto Machuca
Subdecano de la Facultad de
Administración

Dr. Hernán Coello García
Subdecano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas

Dr. Paúl Turcotte
Subdecano de la Facultad de Ciencia y
Tecnología

Arq. Dora Giordano Bacarelli
Representante de la Escuela de Diseño

Dr. Carlos Rojas
Delegado del Consejo de
Investigaciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL ECUADOR, SEDE
EN CUENCA

Dr. Juan Cordero Iñiguez
Prorector

Dr. Claudio Malo González
Decano General de Planificación y
Coordinación Académica

Dr. Mario Jaramillo Paredes
Decano General de Investigaciones
Dr. Claudio Monsalve Merchán
Decano General Administrativo

Lcdo. Marco Tello Espinoza
Decano de la Facultad de Filosofía

Dr. Jorge Paredes Roldán
Decano de la Facultad de Ciencias de la
Administración

Dr. Luis Tonón Peña
Decano de la Facultad de Ciencia y
Tecnología

Dr. José Cordero Acosta
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas

Arq. Manuel Contreras
Director de la Escuela de Diseño

Esta es una publicación de la
Pontificia Universidad Católica del
Ecuador, Sede en Cuenca.

Av. 24 de Mayo 7-77 y Hernán
Malo
Apartado Postal 981
Teléfonos 811-494, 814-286
Cuenca – Ecuador

DISEÑO DE LA PORTADA

Arq. Dora Giordano Bacarelli
Arq. Diego Jaramillo Paredes
Escuela de Diseño de la PUCE-SC

La responsabilidad de las ideas expuestas en esta revista corresponde exclusivamente a sus autores.
Se autoriza la reproducción del material de esta revista y se pide citar la fuente.
Canjes y donaciones: Biblioteca: "Hernán Malo González" de la PUCE, Sede en Cuenca.

Apartado Postal 981
Cuenca - Ecuador

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
ALCANCES DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL ART. 184 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL <i>José Cordero Acosta</i>	7
REFORMA AL CÓDIGO CIVIL <i>Hernán Coello García</i>	19
LA LIBERTAD, LA JUSTICIA Y EL DELITO <i>José R. Serrano González</i>	41
REFLEXIONES SOBRE EL PARENTESCO <i>Homero Moscoso Jaramillo</i>	53
LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN DE HANS Kelsen <i>Juan Morales Ordóñez</i>	65
EXPERIENCIA JUDICIAL, REFORMAS <i>Diana Jerves Núñez (Alumna del V Ciclo)</i>	89
DEMOCRACIA <i>Luis Quinteros (Alumno del V Ciclo)</i>	97
LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LOS DERECHOS HUMANOS <i>Jaime Andrade Jara (Alumno del III Ciclo)</i>	105

PRESENTACIÓN

La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Cuenca, inicia sus actividades en el año de 1987. Un valioso equipo de personas apoyaron la iniciativa entusiasta y visionaria del Dr. José Cordero Acosta de fundar un centro de estudios jurídicos en donde se enseñe el derecho con espíritu crítico.

Han pasado más de dos años. Nos afirmamos como Facultad de estudios jurídicos que quiere formar profesionales con un alto nivel académico. El camino seguido ha sido de esfuerzos y de sacrificios, pero los resultados son halagadores.

Ponemos, con este primer número de nuestra Revista, a consideración del público, un instrumento que quiere ser el reflejo de la actividad académica y de investigación que se cumple en nuestra Facultad. Han colaborado con artículos para esta edición algunos profesores de nuestro centro y también algunos estudiantes. Vayan para todos ellos los reconocimientos debidos a su valioso aporte.

**ALCANCES DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL
DEL ARTÍCULO 184 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO CIVIL:¹**

José Cordero Acosta

Nociones sobre la prejudicialidad:

El hecho de que las relaciones jurídicas sometidas a juicio puedan vincularse con varias sedes procesales plantea las cuestiones prejudiciales. El fenómeno del delito no escapa, por otra parte, a "esa inexorable ley dialéctica la conexión universal de los hechos y fenómenos, por virtud de la cual, ningún fenómeno puede explicarse si no se lo estudia en relación con los fenómenos que lo rodean".² Al tratarse precisamente de la valoración de una conducta humana, sobre el hecho punible confluye un cúmulo interdisciplinario, que conforma todo el catálogo de las ciencias penales, desde aquellas aplicables a la verificación del objeto material del delito: la Criminalística, la medicina legal, etc., hasta las que profundizando en el siquismo humano determinan, como instancia previa al juicio de culpabilidad, la imputabilidad del sujeto activo del delito. El delito en suma es un hecho sujeto a valoración múltiple y compleja. Pero aparte de esta interconexión de todos los hechos y fenómenos, al momento mismo de recorrer ese camino que abre el proceso penal, pueden surgir disyuntivas e interrogantes, cuestiones cuya resolución condiciona ulteriores pronunciamientos, e incluso ser necesario hacer un momentáneo desvío hacia ámbitos jurídicos diferentes al penal, en los cuales es preciso buscar soluciones previas para la resolución del juicio penal, cuyo fin es el esclarecimiento de la existencia del delito. "Al recorrer el iter lógico que lleva a la decisión de la causa, el juez puede encontrar cuestiones cuya resolución condiciona el ulterior desenvolvimiento del iter pero sin pertenecer a él: son etapas que el juez debe recorrer a fin de llegar a la conclusión"³, entonces es cuando nos hallamos frente a las denominadas cuestiones prejudiciales, o sea "toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principalmente sometida a juicio"⁴ o "lo que exige un juicio antes que otro, por lo cual el juicio o decisión posterior resulta consecuencial respecto del anterior. En otras palabras, el primer juicio es causalmente determinante del segundo"⁵ De allí que al hablar de una cuestión prejudicial nos referimos a un "pre-juicio" a diferencia de otros obstáculos que surgen para la incoación o el desenvolvimiento del

proceso, tales como las condiciones de procedibilidad y las cuestiones de previo pronunciamiento, que no requieren de otro "juicio", pudiendo la cuestión prejudicial serlo tanto en relación a la resolución: sentencia o sobreseimiento,⁶ o respecto a la acción.⁷ Esta concepción de lo prejudicial se atiene a su génesis histórica, en el derecho Romano existía el "preaiudicium" que según Schulz, citado por Delgado Calderón⁸, "era una actio con que el actor demanda que se fije o compruebe si existo o no un hecho o una situación jurídica. Estas acciones son frecuentemente preparatorias de otros procesos y constituyen un procedimiento previo" "En el derecho romano las acciones prejudiciales se caracterizaban porque en ellas se trataba de probar o establecer la existencia de una circunstancia especial, como cuando se quería acreditar que una persona era libre o esclava, ingenua o liberta⁹ ya que de la declaración de cada una de estas situaciones surgía la posibilidad de demandar el cumplimiento de las obligaciones a ellas inherentes. En resumen para el derecho romano las "cuestiones prejudiciales se relacionaban con ciertas situaciones .de hecho o de derecho que debían ser previamente reconocidas, antes que alguien pudiera asumir la posición de demandante de un juicio ulterior."¹⁰

Análisis del supuesto de prejudicialidad del artículo 184 del Código de Procedimiento Civil:

Según nuestros "tratadistas se hacen las siguientes apreciaciones sobre el tema de la prejudicialidad civil, al analizarse el Art. 184 del Código de Procedimiento Civil:

El Dr. Andrés F. Córdova¹¹ al comentar el entonces artículo 28 del Código Penal y al tratar del Art. 201 del Código de Procedimiento Civil¹² manifiesta: "Así, en veces, aún cuando existiera el delito, la acción penal es la que no puede intentarse, sino cuando una sentencia judicial firme, resuelva la cuestión prejudicial, y esto en los casos expresamente determinados por la ley...", poniendo como ejemplo "el caso determinado en el Art. 201 del Código de Procedimiento; Civil..."¹³, pero manteniéndose, por parte del célebre maestro, la tesis de que en todo caso existe prejudicialidad civil, ya que señala: "Este es un caso típico de aquellos que contempla el artículo que estudiamos¹⁴ pues, aunque el delito de falsedad de instrumento público, se haya realmente consumado,

quiere el Código de Procedimiento Civil, que no se proceda al enjuiciamiento penal, sino cuando el juez en lo civil haya declarado la falsedad en sentencia ejecutoriada... "15, destacando todos los efectos negativos que esta prejudicialidad ocasiona; ya que "suspender la acción penal mientras la cuestión sea decidida por el juez civil, aunque el delito como verdad material, exista independientemente de la declaratoria civil, es un atentado contra la autonomía del juicio penal..."16 señalando además, que los principios del proceso civil de carácter acusatorio, de pruebas a petición de parte "pueden dejar sin represión un delito que averiguado en el sistema inquisitivo, propio del juicio penal habría quedado plenamente; establecido..."17 En todo caso estima, el Dr. Córdova, que existe la prejudicialidad aun sin mediar demanda sobre la falsedad de un instrumento público, es decir la obligación de establecer la falsedad en sede civil, opinión que no se compagina con el tenor literal de la norma procesal civil analizada.

Víctor Lloré Mosquera¹⁸ se refiere a este supuesto de prejudicialidad como: "Falsedad de instrumento público, demandada ante el fuero civil"¹⁹; lo cual implica, a su juicio, la inexistencia de prejudicialidad sino media demanda ante el fuero civil, formulando la objeción de: "si esa (se refiere a la demanda) no ha sido impulsada, debido a cualquier orden de circunstancias o no ha sido aceptada por descuido en la aportación de pruebas, se veda la persecución y sanción del delito..."²⁰; y que "la falta de impulso de la acción civil o la falta de prueba pueden obedecer perfectamente a connivencia entre actor y demandado y esta connivencia detiene ... la acción de la justicia penal... Todo porque el legislador señaló una| condición que vuelve prejudicial todo lo referente a la falsedad o falsificación de un instrumento público cuando ellas —la falsedad o la falsificación— han sido motivo de acción civil"²¹. Aparte de sus objeciones y temores sobre la influencia del trámite civil en el asunto penal, lo transcrito demuestra inequívocamente, su opinión de que la prejudicialidad, que plantea el Art. 184 del Código de Procedimiento Civil, solo se da si media acción civil. En relación a sus reparos sobre la posibilidad de que se enerve, trastoque o desnaturalice la acción prejudicial, incluso por connivencia entre las partes, debemos destacar los siguientes aspectos: el tema u objeto procesal que se plantea al juez civil, tras la demanda de falsedad del instrumento público, es el esclarecimiento o comprobación de la materialidad o aparición física del hecho de la falsedad, algo similar a lo que se le plantea al juez penal como

base del juicio penal: la comprobación de la material manifestación o aparición física del hecho previsto en la ley como infracción²² ahora bien, no es exacto que esta comprobación que tiene que hacer el juez civil, tras la demanda, esté sujeta a la voluntad de las partes, incluso no podemos hablar de tales, si aún no se traba la litis, ya que después de la referida prueba recién se correrá traslado de la demanda, siendo por tanto obligatorio para el juez civil actuar prueba tendiente a la demostración del hecho de falsedad, utilizando los medios tasados por la norma procesal civil del cotejo de ejemplares, las declaraciones de los testigos instrumentales y, además, de cualesquiera otras que el juez estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad, todo esto, sin petición de parte, sin aplicación del principio general del proceso civil de la justicia rogada, tal como ocurre en ciertas materias civiles calificadas de orden público, en las cuales el juez debe actuar de oficio e inquisitivamente. Por lo cual, si bien luego las partes pueden dilatar y pretender entorpecer el procedimiento, el fallo se basará en la existencia del hecho, previamente demostrado, de la falsedad, sin que realmente se ponga en riesgo la ulterior causa penal, en cuanto a la comprobación material de la falsedad²³.

Jorge Zabala Baquerizo²⁴, al tratar de los casos concretos de prejudicialidad, en el procedimiento penal ecuatoriano, opina que "Otro caso de prejudicialidad civil en materia penal expresamente señalado por la ley, es el que se refiere a la falsedad material de un instrumento público."²⁵ Tesis ésta similar a la sostenida por el Dr. Andrés F. Córdova y que estimamos no encuentra asidero en nuestra legislación procesal, ni civil, ni penal.

Límite de la prejudicialidad del artículo 184:

Para esclarecer este tema, sobre el límite, o más bien sobre la exacta interpretación del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, con independencia de las consideraciones sobre el establecimiento de las cuestiones prejudiciales en nuestro sistema procesal penal, que formularemos oportunamente; conviene destacar los siguientes puntos:

PRIMERO: Si al tratar de los fenómenos jurídicos, como de toda realidad humana y social, hemos visto que no podemos prescindir de La interdependencia de los hechos y las relaciones jurídicas, de la misma manera, no podemos aislar el artículo que comentamos de algo tan fundamental como su finalidad, es decir abstraerlo de su thelos, de aquello que parece inspirar esta disposición, cual es: impedir fallos contradictorios dictados por las jurisdicciones civil y penal, cuando un mismo objeto jurídico previamente sometido a la cognición del juez civil, se los repita como toma en el ámbito penal, el solo evitar este problema, que por otra parte podría darse, en cuantos asuntos pueden ser materia de cognición y resolución simultánea en los dos fueros, al parecer, vendría a justificar el que se trate de suspender la incoación de la causa en el uno mientras esté pendiente la resolución del otro.

SEGUNDO: El objeto de la resolución del proceso civil se refiere, como ya lo hemos adelantado, a la material manifestación o aparición física del hecho, es decir que se demuestre la falsedad fácticamente, sin entrar, como obviamente estaría vedado en el proceso civil, a dilucidar sobre la culpabilidad y la responsabilidad de los autores o usuarios del documento, por tanto, tal declaratoria de falsedad, que se exige de la jurisdicción civil, solo puede darse si se ha incoado causa en tal sede, proponiéndose como objeto principal de la demanda "la falsedad", lo contrario supondría privar al juez penal de una esencial atribución o potestad inherente a su función: la comprobación de la existencia material del hecho punible, es decir del "cuerpo del delito" y el ulterior fallo de responsabilidad jurídico-penal caso de darse la infracción.

TERCERO: Si consagramos la tesis de que previamente y solo en sede procesal civil se podría demostrar la falsedad del documento público, en su material manifestación, este tratamiento habría que aplicarlo a todos los casos en que la falsedad aparezca, ya no solo en la configuración del delito objeto del proceso, sino como medio para perpetrar otra infracción, así por ejemplo en el caso del peculado, donde resulta frecuente que, para su comisión, se recurra a la falsificación de documentos públicos, incluso cuando el delito medio está tan indisolublemente ligado al delito fin que no cabe el concurso material de infracciones, sino la absorción en un solo tipo penal de la compleja conducta delincencial.

CUARTO: Al comienzo mismo del artículo 184 del Código de Procedimiento Civil se consigna una condición rectora de la prejudicialidad, esta es: "si se demandare la falsedad de un instrumento público", condición aplicable a todo el tenor del artículo, ya que por haberse presentado tal demanda se procede a las actuaciones probatorias de cotejo de copia con original, recepción de testimonios y/o a otras diligencias necesarias y solo después de todo esto se corre traslado de la demanda, es decir "se traba la litis", hasta su resolución firme, indicándose que en la misma sentencia se ordenará el enjuiciamiento penal del culpable,²⁶ sin que pueda iniciarlo antes de tal declaración. Ahora bien, nada autoriza a una interpretación que, violando la potestad de cognición del juez penal, concluya en que en todo caso tiene que haber sentencia civil declaratoria de falsedad del documento público para que pueda incoarse proceso penal por tal delito, porque ello equivale a afirmar que "siempre deberá demandarse civil y previamente tal falsedad" cosa que no consta en el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, cuyo encabezamiento se refiere únicamente a "si se demandare" lo cual, en lógica conclusión obliga a la resolución de la causa, pues de no darse tal resolución, entonces sí, como indica su parte final, no se puede iniciar otra cognición y resolución en otro ámbito jurisdiccional, debe entenderse que resolución o fallo supone demanda, pero que tal demanda no es obligatoria. En resumen que, es la demanda y solo la demanda de falsedad de instrumento público la que motiva la prejudicialidad civil y no que el tipo penal en sí tenga que pasar por el tamiz procesal civil para la acción penal.

Fundamentos de la prejudicialidad civil en general y del caso que nos ocupa según nuestro sistema:

El por qué la demanda de falsedad de instrumento público incida con efectos de prejudicialidad civil, en el proceso penal y no la demanda sobre otros hechos o relaciones, que son a su vez también supuestos fácticos de otros ilícitos punibles, no encuentra ninguna explicación ni lógica ni doctrinaria, en favor de nuestro sistema de prejudicialidades, ya que si una de las razones es el temor a los fallos contradictorios, que sin duda motiva el aplazamiento del proceso penal mientras se ventile el civil, este temor debería extenderse a todos los casos en que se plantean simultáneamente demanda civil y juicio penal para la declaratoria o la punición de un hecho o relación que es a la vez objeto del proceso civil

declarativo y base fáctica o elemento esencial de un delito. El escogitamiento de las cuestiones prejudiciales en nuestra legislación, es tan arbitraria, como lo demuestran los otros supuestos de prejudicialidad civil: Declaratoria de quiebra o insolvencia; remoción, etc., de prenda agrícola, industrial, especial de comercio y cosa pendida con reserva de dominio. En otros sistemas la prejudicialidad, con mejores fundamentos doctrinarios, se refiere a aquellas cuestiones de derecho privado o público no penal, de materias de exclusiva competencia del juez civil, las cuales precisan de un tratamiento procesal distinto y previo; según el sistema de prejudicialidad penal relativa: que remite el conocimiento y la resolución de la cuestión prejudicial al juez civil, en atención a la especialización de cada sede procesal para el conocimiento de las materias que le vienen asignadas; o cuando se trate de casos de prejudicialidad penal absoluta: en los cuales, el mismo juez penal resuelve sobre cuestiones extrapenales, en atención a aquella máxima de que el juez de la acción lo es también de la excepción, al principio básico de la unidad de la función jurisdiccional y a la posibilidad de que, en muchos casos, cuando se dispone de una base probatoria amplia y suficiente, el mismo juez penal está en condiciones de resolver la cuestión prejudicial.

Sin que sea ejemplar el tratamiento que se da al problema de la prejudicialidad, pues Prieto Castro, nos dice "que la ley de Enjuiciamiento criminal dedica... varios preceptos a las cuestiones prejudiciales que pueden surgir en un proceso penal, pocoj satisfactorios"²⁷, sin embargo, por emplearse una mejor sistemática y técnica que en nuestra legislación, vamos a consignar las disposiciones de la legislación española:

De acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal se establecen las siguientes reglas:

Art. 3. Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

Art. 4. Sin embargo si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente.

Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión y continuará el procedimiento.

En estos juicios será parte el Ministerio fiscal.

Art. 5. No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deberá entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal.

Art. 6. Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales hechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión.

Art. 7. El Tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores deba resolver.

En todo caso, esta legislación transcrita, al menos alude a cuestiones determinantes de la culpabilidad o la inocencia; a lo referente a la validez de un matrimonio o la supresión del estado civil; y al derecho de propiedad sobre un inmueble u otro derecho real, sin referirse únicamente a hechos que constituyen las bases fácticas de algunos delitos tales como: la declaratoria de la falsedad de instrumento público; los supuestos de quiebra e insolvencia y remoción, etc. de prenda agrícola, industrial, prenda especial de comercio, cosa comprada con reserva de dominio (situaciones que no dejan de ser simples supuestos de hecho de posibles infracciones), como ocurre en los casos al parecer escogidos al azar por nuestra legislación, lo cual o implica que en nuestro sistema

queden sin tratamiento, en el mismo proceso penal, todos los temas civiles que puedan constituir elementos esenciales del delito, sea que se refieran a elementos normativos del tipo: como la ajenidad de la cosa para efectos de establecer un hurto, al estado y la condición del sujeto activo: como la validez de un matrimonio o de la calidad de hijo en los supuestos de parricidio, etc., o a determinantes de la culpabilidad, etc., pero si a estos temas, en todo caso más trascendentales, no se les ha dado tratamiento de cuestiones prejudiciales, no encontramos razón a que subsista la disposición del artículo 16, párrafo primero, del Código de Procedimiento Penal, si su aplicación se limita a escasas, como a inútiles hipótesis, quedando al margen una real y compleja variedad de cuestiones que merecen tratamiento prejudicial.

NOTAS:

1. Este artículo es en lo fundamental la transcripción de una conferencia, pronunciada en el Salón de la Corte Superior de Justicia del Azuay, en Mayo de 1984. Con la salvedad de haberse actualizado Las referencias al Código de Procedimiento Civil.
2. Sergio Delgado Calderón "la Prejudicialidad en materia penal", pág. 59.
3. Giovanni Leone "Tratado de Derecho procesal penal", pág. 299.
4. Manzini, "Tratado de Derecho procesal penal", pág. 342.
5. Delitala, citado por Giovanni Leone, ob. citada, pág. 299.
6. Según la definición de Manzini.
7. Como en el concepto dado por Delitala.
8. Sergio Delgado Calderón, obra citada.
9. Idem.
10. Idem.
11. Andrés F. Córdova "Derecho Procesal Penal Ecuatoriano", edición Fondo de Cultura Ecuatoriana.

12. 184, actualmente.
13. Idem.
14. Idem, pág. 93. Se refiere al Art. 28, actualmente 16, del Código de Procedimiento Penal.
15. Idem, pág. 93.
16. Idem, pág. 94.
17. Idem, pág. 94.
18. Víctor Lloré Mosquera, "Compendio de Derecho Procesal penal".
19. Idem, pág. 103.
20. Idem, pág. 103.
21. Idem, págs. 103 y 104.
22. En suma: la comprobación del cuerpo del delito.
23. Adviértase que con la reforma del Derecho Supremo 3070. R.O. 735, de 20 de diciembre de 1978, se elimina del Art. 432, del Código de Procedimiento Civil, el que la sentencia tenga que darse a solicitud de parte.
24. Jorge Zavala Baquerizo, "El Proceso Penal Ecuatoriano", Ediciones Nadisa, tercera edición, 1978.
25. Idem. pág. 336.
26. Debería hablarse del autor, ya que hablar de culpable implica una valoración jurídico-penal, que solo puede hacerse en otra sede.
27. Leonardo Prieto Castro y Ferrándiz, "Derecho Procesal Penal", págs. 45 y ss.

LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Hernán Coello García

Como suplemento al ejemplar No. 256 del Registro Oficial (y no, como se ha hecho constar, en el suplemento No. 256, porque esto es falso), se encuentra promulgada, por disposición del señor Presidente de la República, la Ley No. 43, que reforma —según así se dice "al Código Civil", aunque tal reforma se concrete solamente a una norma del Título Preliminar y a otras contenidas en el Libro I del Código.

Los pocos días que tiene de vigencia la reforma han servido para que se desate una verdadera polémica acerca de las disposiciones positivas que se han promulgado. Para el pensar de un grupo, la reforma es acertada; fue, además imprescindible y, por lo mismo, es sólo merecedora del aplauso ciudadano; otros sostienen que la Ley está plagada de incongruencias, de absurdos, que es inaplicable y que lo único que ha podido conseguir es propiciar el desconcierto. Se destacan los problemas de orden práctico que surgen de la aplicación de las normas y se ponen de relieve los preceptos que, o resultan simplemente ininteligibles, o permiten aseverar que se ha reformado el Código Civil, digno, antes, de superlativo elogio por su fondo y por su forma.

En estas páginas procuraremos exponer nuestro punto de vista sobre la reforma, tratando, para que este criterio sea global, de hacer una referencia a todo el texto de la ley, del cual, hemos de procurar que queden nítidamente destacados tanto los aspectos positivos, cuanto los negativos de la reforma.

I. La Ratio Legis

La Ley que reforma el Título Preliminar y el Libro I del Código Civil expresa, en tres considerandos, el fundamento de las normas que el Plenario de las Comisiones Legislativas ha considerado necesario expedir. La más elemental técnica jurídica impone que tales considerandos sean, realmente, el antecedente de las disposiciones que, por lo mismo, deben ser la consecuencia. De otro modo las normas resultan preceptos sin la fundamentación suficiente, o, simplemente,

preceptos que, sin conocer los antecedentes, no se explican, aparte de que, además, aparezcan como claramente inconexos.

Los tres considerandos que sirvieron a la legislatura de "Ratio Legis" se concretan, en primer lugar, a lamentar que las reformas de 1970 no hayan logrado la "igualdad total" (sic) de los cónyuges; a proclamar, luego, la necesidad de actualizar las disposiciones del Código Civil (aunque la reforma no alcance a todo el Código, como se ha dicho), con el fin de armonizarlo con una "concepción moderna del derecho de familia; y, finalmente, a proclamar la necesidad de respetar ciertas instituciones tradicionales del derecho de familia ecuatoriano, esto es, entonces, reformando la ley sin reformarla.

De acuerdo con estos tres propósitos, la reforma debió concretarse solamente a los problemas que se expresan en los considerandos. Lo contrario simplemente demuestra que a un antecedente, se da una consecuencia distinta. Sólo con el propósito de demostrar que esta afirmación está ajustada a la verdad, preguntamos qué tienen que ver con los considerandos que se han formulado, las siguientes reglas: la que elimina la referencia a los tenientes políticos, según así lo establecía el Art. 99; la que sustituye la expresión "jueces provinciales" por "jueces de los civil", que mantenían los Arts. 106, 107 y 109. De que hay razones suficientes para que así se haya procedido, es cierto. La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación privó a los tenientes políticos de las funciones de oficiales de registro civil; la reforma de 1978 al Código de Procedimiento Civil y a la Ley Orgánica de la Función Judicial, eliminó la competencia de los jueces provinciales y la sustituyó con la de los jueces de lo civil, con competencia cantonal. Pero lo que reclamamos es no que se haya reconocido la necesidad de la reforma, sino que, habiéndola reconocido, no se exprese el antecedente indispensable. Quien no tenga conocimiento de los datos que hemos consignado, no podrá comprender a cabalidad el por qué de estas sustituciones. Pero nosotros, a pesar de ser abogados, en cambio no comprendemos por qué, ya que se eliminó la referencia a los jueces provinciales, que ya no existen y ya que, además, se habla de reforma al "Código Civil", y no solamente al Título Preliminar y al Libro Primero, se mantiene en el texto de la ley, en el Libro III, la referencia a los jueces partidores que ya no existen. ¿Será, acaso, porque se trataba —para repetir el considerando— de respetar las "instituciones tradicionales"?

Naturalmente que, tampoco, porque esto es imposible, los considerandos nos podrán explicar, por ejemplo, cómo puede el "progenitor soltero" volver a casarse, o por qué, así mismo, se ha dicho en la ley que la viuda puede contraer un nuevo matrimonio con su difunto marido. Esto, ni con los considerandos, ni sin los considerandos, podrá entenderlo nadie.

II. La Filiación

El Título Preliminar del Código Civil ecuatoriano es, como ha sido motivo de general reconocimiento, una verdadera introducción al Derecho en general. Por la misma razón encontramos en esta parte introductoria del Código los principios fundamentales en que descansa todo el andamiaje de la Ley, dentro del sistema vigente. Allí constan las regulaciones relativas a las fuentes del Derecho, a los efectos que produce la ley en el tiempo y en el espacio, a las definiciones de varias palabras de uso frecuente en las leyes, a las reglas de hermenéutica y al problema de la derogación de las disposiciones positivas.

El Título del Código Civil chileno —que es, por lo mismo, el que consta en el Código Civil ecuatoriano— no fue redactado en su integridad por don Andrés Bello. Esta afirmación, que es histórica, puede encontrarse demostrada en particular por la simple lectura de los preceptos que fueron escritos por el venezolano ilustre, quien, como pocos, conjugó lo bello del lenguaje con lo profundo de sus admirables conocimientos sobre la ciencia jurídica, y la comparación con otras disposiciones que son, indudablemente, redactadas por otra pluma. Véase, por ejemplo, el laberinto que produce la norma contenida en el Art. 28 del Código, que trata de los representantes legales de una persona. Al hablar de los "representantes legales de una persona" no se dice de las personas incapaces, lo cual habría aclarado en algo la confusión. Como no lo dice, debemos entender que se trata de toda persona. Por otra parte, comienza expresando que "son representantes legales de una persona, el padre y la madre... el tutor y el curador", lo cual daría derecho a entender que tales representantes lo son también de las personas jurídicas, o que, al contrario, estas últimas no son personas. Y como no dice tampoco que se trata de las personas incapaces, surge la duda de qué son, entonces, los

jueces que representan al deudor moroso que ha otorgado un contrato de promesa que no lo quiere cumplir y que, en su representación, lo debe celebrar el juez; y qué son, dentro del mismo punto de vista, los agentes fiscales que representan al acreedor ausente en el juicio de pago por consignación; o qué papel desempeña, en definitiva, el síndico de la quiebra, a pesar de que ejerce, efectivamente, una innegable representación. Y como si todo esto no fuera suficiente, la norma concluye expresando que "lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 589", lo cual es falso de toda falsedad, porque este artículo solamente se refiere a las corporaciones y, en modo alguno, pueden ser representantes legales de las fundaciones, los que lo son de las corporaciones. De igual manera, o quedan sin representante legal las sociedades, o a ellas debe representarlas el personero de una corporación.

El actual legislador ecuatoriano no quiso quedarse atrás al proponer la reforma al Código Civil y agregó, de su parte, una contribución a los errores que se han deslizado en el Título Preliminar. Por eso agregó, como la primera de las reformas que son motivo de este comentario, la norma que debe agregarse, como literal a) al Art. 24 que, en consecuencia, debe decir: Se establece la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad: a) por haber nacido EN UNA UNIÓN DE HECHO, estable y monogámica RECONOCIDA LEGALMENTE" (los subrayados son nuestros).

Lo primero que surge de la sola lectura de la disposición reformativa es que se habla de uniones de hecho legalmente reconocidas, lo cual impide que tengan estas curiosas uniones la calidad que el legislador trata de darles. Si son de hecho, no son legalmente reconocidas; y, si lo son, son de derecho. La ley debió referirse, para guardar la debida sindéresis, a los "hogares de hecho" que regula la Constitución Política, pero no lo hizo y prefirió cambiar, contra el principio de regularidad, esto es, contra el principio que impone una articulación formal, adecuada de las disposiciones para que las del reglamento respeten la ley y para que ésta haga lo propio con la Constitución; prefirió cambiar -insistimos— los "hogares de hecho" por las "uniones de hecho". Si estos comentarios tuviesen el mismo propósito que guió al doctor Vizcaíno Casas cuando escribió su magistral "Revés del Derecho", habría que dar la razón a la legislatura, pues, si es así que las personas nacen, generalmente, en las maternidades u otros

establecimientos que cumplen iguales funciones, es evidente que tales edificios son uniones de hecho, que resultan de la conjunción de los diferentes materiales de construcción que, una vez debida y armoniosamente unidos, sirven de adecuado lugar para que en ellos nazcan las personas. ¿Que esto es un abuso, señores legisladores? ¡Claro que lo es! Las personas nacen de la unión de un hombre y una mujer, pero jamás, porque esto es no solo absurdo sino imposible, en las uniones de hecho.

Rota la armonía, debió completarse la tarea y destrozarla por completo. Y esto es lo que se hizo, desde luego, con el problema de la filiación. El legislador olvidó la regla cuarta del Art. 18 que obliga a anteponer el contexto de la ley para que entre todas sus disposiciones exista la debida correspondencia y armonía. Por eso "reformó" (así lo dice) el Art. 24 y dejó sin modificación alguna el Art. 25. De ello resulta que, las tres situaciones que plantea el Art. 24, esto es, el nacimiento dentro de matrimonio, el reconocimiento voluntario hecho por los padres y la declaratoria de paternidad o maternidad hecha por un juez, y sus correlativas tres consecuencias respecto de los derechos de los padres y de los hijos, ahora permiten asegurar que existe una cuarta situación sin norma alguna, de modo que, los hijos que han nacido "en una unión de hecho" carecen de regulación respecto de las obligaciones que deberían haberse normado, simplemente porque la legislatura creyó que deformando el artículo 24, la tarea estaba cumplida.

III. El principio de la existencia legal

El Derecho, que formula las reglas que permiten reconocer la calidad de personas, en el sentido jurídico del término, a los seres humanos que han cumplido las condiciones señaladas por la ley, vincula necesariamente esta calidad con un atributo, la capacidad, sin el cual atributo el ser humano no es todavía persona, por más que se espere, si ha sido concebido, que llegará a serlo, cuando nazca con vida. Por eso es que, aunque la Ley, como no puede ser de otra manera, protege la vida del que está por nacer, no obstante no le otorga, al que no ha nacido vivo, la titularidad de persona, aunque se haya llamado a este ser en gestación "persona por nacer", en un esfuerzo por imponer el reconocimiento de prerrogativas que son necesariamente connaturales a las personas. Estos

principios, aparentemente tan sencillos, tienen, no obstante, una trascendencia jurídica insospechada.

Dos tendencias han tratado, cada una de ellas con poderosos argumentos, de obtener el favor de la ley para resolver el principio de la existencia legal. Desde los romanos, las escuelas de los Proculyanos y de los Sabinianos trataron de demostrar o que la vitalidad debe tenerse como la regla adecuada, o que la viabilidad es la única que tiene este carácter.

Acoger uno u otro punto de vista en la ley positiva tiene, desde luego, trascendencia jurídica. Se hallan de por medio, por ejemplo, problemas de derecho sucesorio, directamente relacionados con la cuestión. Y muchas veces, tales derechos hereditarios, estarán supeditados, respecto de uno u otro heredero, al punto de vista que haya acogido la ley.

Personalmente creemos que la reforma, que se refiere, en su Art. 2, precisamente a este problema, cuando expresa que el Art. 60 debe decir: "El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo"; personalmente opinamos, lo repetimos, que la reforma ha acogido el criterio más lógico: no hay razón alguna que justifique, como lo creyó el legislador antes de la modificación, que era necesario que de curran las veinte y cuatro horas de que hablaba anteriormente el Art. 60, para que el ser humano sea persona. Nosotros creemos, además que, desde la concepción, el ser humano es titular de derechos y obligaciones, aunque estas últimas dependan de la condición de nacer vivo. Pero, aparte de estas consideraciones, que no se relacionan directamente con la reforma, opinamos que la legislatura ha acertado al eliminar, como lo ha hecho, la condición legal de vivir veinte y cuatro horas después del nacimiento. Basta, y está bien que así se haya dicho, nacer vivo.

No podemos tampoco dejar de destacar el acierto con el que se ha formulado la presunción legal que consta del último inciso de la norma

reformada. Con la consecuencia que la legislatura ha introducido al ordenamiento jurídico vigente, y que se refiere á que se presume que la criatura nace con vida y que quien tenga interés en demostrar lo contrario está obligado a hacerlo, se han eliminado muchas posibilidades de interminables y peligrosos procesos que se proponían, muchas veces, precisamente para tratar de desvirtuar una verdad histórica. Además, el acierto es mayor todavía, sin, como se ha hecho, se ha formulado una presunción legal, dando lugar, para los casos en que esto sea necesario, a la posibilidad de la prueba en contrario.

Nuestra preocupación, más bien, se orienta hacia otro aspecto, igualmente trascendente y que la reforma debió también normar, para que la regla sea totalmente cabal. Nos referimos a que la expresión legal "estar completamente separada" una persona o una criatura de su madre, ha sido objeto de variadas interpretaciones que, por lo mismo, debieron ser, como correspondía, debidamente resueltas. Una aclaración muy simple, habría terminado con las dudas y las interpretaciones, dando a la norma el único sentido en el que debe ser entendido. La exigencia de que la separación ha de ser completa, según la opinión de algunos intérpretes, supone que ningún vínculo, absolutamente ninguno, deba existir entre la madre y el hijo. En consecuencia, ni siquiera el cordón umbilical. Otros creen, en cambio, que basta que la criatura abandone el claustro materno, pues, en caso contrario, podrían presentarse graves e irresolubles problemas. En efecto, con sólo pensar que los padres podrían decidir a voluntad acerca del inicio de la existencia legal de una persona, acelerando o demorando el corte del cordón umbilical, podemos estar seguros de que falta una regulación adecuada al problema. Interpretaciones, criterios, fundamentaciones y soluciones respecto de esta cuestión, pueden hallarse abundantemente tratados en las obras de Medicina Legal que tratan de este problema; pero mientras más nos ilustremos acerca de los planteamientos que se han hecho, más inseguros estaremos acerca de cómo debería interpretarse correctamente la expresión utilizada por la ley. Por esta misma razón, y en homenaje a la seguridad, sin la cual no debe haber ley, ni buena ni mala, era indispensable que el legislador corte por lo sano las dificultades, lo cual pudo hacerlo con la más sencilla de las formulaciones. Con sólo decir qué ha de entenderse, en la ley, para todos los efectos que ella propone, por la frase estar "separada completamente de su madre" una criatura, hubiera bastado.

Por otra parte, la Ley conserva la presunción de derecho respecto de la fecha del nacimiento, de la cual se colige la época de la concepción. Hay datos fehacientes que demuestran que han nacido personas —Richelieu, por ejemplo— viables a los cinco meses; y de que otras personas han nacido, también viables, después de los trescientos. Debí acogerse la recomendación científica que ha pedido modificar el texto de la presunción para que, en adelante, no se tenga más como presunción de derecho, sino solamente como una presunción legal, a fin de que tenga cabida la prueba en contrario. El solo recuerdo de que, con arreglo" a la presunción absoluta que formula nuestra ley, hubiera sido imposible probar que Richelieu fue persona, resulta argumento suficiente.

IV. Plazos para la declaratoria de muerte presunta

Los Arts. 4, 5 y 6 de la reforma reducen los plazos que deben decorrer désele que una persona desaparece hasta que, no conociéndose más de su paradero y existencia, es forzoso declarar la presunción de muerte por desaparecimiento. Los medios de comunicación indudablemente más eficaces con los que actualmente se cuenta y otra serie de recursos de toda clase, hace que los largos lapsos que anteriormente debieron esperarse para que el juez declare que una persona ha fallecido sean ahora no tan extensos. Más aún, sí, como sostiene don Gabriel García Márquez, el "Tiempo se ha vuelto de mala calidad".

La reforma, a este respecto, es indudablemente, acertada.

V. El matrimonio

Si alguna de las instituciones del Derecho Civil ecuatoriano ha sido particularmente destrozada con las últimas reformas, es, precisamente, el matrimonio. Parece increíble que haya podido llegarse a tanto, pero a tanto se ha llegado, como lo vamos a demostrar no con nuestras aseveraciones, que podrían tenerse como interesadas, sino con la fría y textual transcripción de los preceptos.

Como el problema tiene, sin duda, muchas facetas, es necesario, para conservar el indispensable orden en la exposición, tratarlo en apartados puntos de vista, de modo que, usando este procedimiento, puedan destacarse los problemas en forma más adecuada.

- a. La definición de matrimonio.- De este problema se ha hablado mucho. Casi nada podríamos agregar y, lo que dijésemos a este respecto, sería, sin duda alguna, repetición de lo que se ha oído mil veces. El concepto anteriormente declaraba indisoluble el matrimonio, no obstante permitirse el divorcio. Para que exista correspondencia y armonía -se ha dicho—, era forzoso eliminar del concepto la palabra indisoluble. Así de simple es el planteamiento que, además, es simplista y equivocado, porque, si el Art. 1532 permite que en los contratos bilaterales quede incorporada la cláusula resolutoria tácita, de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, porque, conforme a la regla del Art. 7, No. 18, en todos los contratos legalmente celebrados se incorporan las leyes vigentes al tiempo de su celebración, deben cambiarse también las definiciones de los demás contratos, como la compraventa, porque muchas ventas se incumplen; o de la sociedad, porque muchos socios hasta impiden su adecuado funcionamiento y hasta del mandato, porque conforme al decreto ejecutivo que se halla publicado en el R. O. No. 76, de 9 de septiembre de 1981 las obligaciones del mandante del mandatario se transmiten a los herederos. El hecho de que el matrimonio pueda terminar por divorcio, permitió cambiar la definición anterior. Pero el cambio —o mejor dicho la mutilación— es nada menos que inaudito: se ha eliminado el adjetivo actual, lo cual quiere decir que el matrimonio puede estar sujeto a las modalidades de condición, plazo o modo. ¡Así es, señores legisladores!
- b. La celebración del matrimonio.- En esta parte de la reforma los autores han hecho gala y han demostrado tener, además, singulares aptitudes para consagrar el absurdo. El propio Kafka se habría admirado de cuál ha sido el límite del absurdo, que él no llegó a conocer.

Veámoslo:

1. El Art. 130, antes de la reforma, puntualizaba las condiciones requeridas para que el viudo o la viuda, que teniendo hijos bajo su patria potestad o curaduría, quieran volver a casarse, puedan hacerlo sin incurrir en un impedimento impediente. Es obvio, entonces, que, los viudos que contraen nuevo matrimonio, vuelven, efectivamente, a casarse. Pero los solteros que se casan, lo hacen por primera vez y, cuando se han casado, ya no son más solteros. Es grave que tengan que escribirse en estas líneas cuestiones que resultan una perogrullada. Pero es más grave aún que, en virtud de la reforma que se ha introducido al texto del Art. 130, ahora esta disposición diga lo siguiente: "El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que estuviere administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o por cualquier otro título".

Si esto quiere llamarse "reforma" al precepto, el sentido natural y obvio de las palabras ha sido escamoteado gravemente por la legislatura. En efecto, no sólo que el progenitor soltero puede volver a casarse (?), sino que, además es viudo y administra bienes de su difunto cónyuge.

Igual despropósito se ha cometido con los textos de los Arts. 132 y 133, a los cuales debe agregarse la misma expresión, esto es, "El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad".

2. El descuido no es sólo conceptual. Es, naturalmente, gramatical porque no se cuida ni el sentido de las palabras ni tampoco la forma de las expresiones utilizadas. En efecto, los agregados hechos a los Arts. 130, 132 y 133, rompen la concordancia gramatical; y, como si esto no fuera suficiente, imponen el cambio de "la expresión", por "EL SIGUIENTE". (¡!).
3. Decir, en la Ley, que el progenitor soltero puede volver a casarse si tiene hijos de precedente matrimonio, rebasa los límites de lo absurdo para incursionar en el campo de lo simplemente ridículo. Pero para lo que ya no existen adjetivos en la lengua castellana,

es para calificar lo que ha plasmado la reforma que consta del Art. 20 del singular decreto legislativo que comentamos. Seguros estamos que la intención de los autores de la reforma fue simplemente permitir a la viuda que pueda contraer segundo matrimonio sin esperar el decurso de los trescientos días luego de fallecido su marido. Pero lo que se ha puesto en la ley, es, como lo hemos dicho, sin calificativo posible, lo siguiente: "Art... La viuda no podrá contraer nuevo matrimonio si no han transcurrido por lo menos trescientos días desde la fecha en que murió el marido", salvo que justifique QUE no se halla embarazada. Pero esta prohibición, agrega la ley, no se extiende al caso de que "el nuevo matrimonio se efectúe con el último cónyuge", esto es, con su difunto marido. Ya se ha dicho, con razón, que en la legislación ecuatoriana se ha institucionalizado, con esta reforma, una singular forma de matrimonio post mortem.

4. Las reglas en referencia llega, naturalmente, a proclamar las siguientes posibilidades: que el progenitor soltero pueda volver a casarse; que el soltero tenga hijos de precedente matrimonio; que la viuda pueda volver a casarse con su difunto marido; que los solteros puedan heredar a sus fallecidos cónyuges. ¡Toda una inobjetable demostración de que el legislador ecuatoriano ha pasado los límites de lo imaginable para consagrar en la ley disposiciones que, enviadas a Ripley, serían inmediatamente devueltas porque ni siquiera dentro de las crónicas de lo increíble podría aceptarse la referencia a tales supuestos!

VI. La igualdad entre los cónyuges

A ninguna persona que razone en forma sensata se le podrá ocurrir, "a la altura de estos tiempos", que una persona vale más que otra, en razón de su sexo. Nadie vale más que otro, nos enseñó Cervantes, si no hace más que' otro, tanto más, si cada uno es hijo de sus obras.

Desgraciadamente la inadecuada redacción del texto constitucional llegó a consignar que el hombre y la mujer tienen iguales derechos en todos los órdenes de la vida, lo cual es falso, porque cada uno de los dos; como hombre y como mujer, aunque no como seres humanos, tienen sus particulares derechos y obligaciones, como ocurre, por

ejemplo, con él' derecho a llegar á la incapacidad relativa dos años antes, en el caso de la mujer, porque así lo impone su constitución biológica; o como ocurre, tal como lo ha consignado el propio legislador en las reformas de nuestro comentario, por ejemplo, con la obligación que tiene la mujer o de esperar trescientos días luego de disuelto el matrimonio para celebrar otro, o de someterse a un examen médico que establezca que no se halla embarazada. Parece ser que los principios constitucionales -muy mal redactados- han permitido que igual inadecuada redacción se utilice en las leyes secundarias. La reforma al Código Civil siguió esta suerte y la Legislatura, al proponer la "ratio legis", consignó, entre otras razones, la de que era indispensable lograr en la ley "la igualdad total" del hombre y de la mujer, eliminando, como los propios razonamientos de la legislatura proponen, "los rezagos de aquella desigualdad que es necesario corregir".

El examen de las disposiciones legales que constan de la reforma permiten llegar a la asombrosa conclusión de que la pretendida igualdad total del hombre y de la mujer, se halla contradicha precisamente por las disposiciones de las normas reformativas, que han consignado, sin razón alguna, reglas innecesarias y que son, desde luego, incomprensiblemente discriminatorias. Si de lograr la igualdad se trataba, no se concibe que, más bien, se legisle estableciendo normas que imponen una evidente desigualdad.

Veamos los ejemplos:

1. El Art. 16 de la reforma sustituye el texto del Art. 114 por el siguiente: "En la liquidación de la sociedad conyugal que se verifique a consecuencia del divorcio, EL MARIDO NO TENDRA parte alguna en los bienes adquiridos por la mujer como administradora de sus bienes propios". Lo cual quiere decir que, en cambio, la mujer sí debe tener, como que tiene, efectivamente, derecho en tales bienes adquiridos por el marido, como sucede con los frutos de los bienes adquiridos el marido, por ejemplo. Es de lamentar que el legislador haya olvidado nada menos que la primera regla de hermenéutica que consagra el propio Código que reformó y que obliga a recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Tal historia fidedigna enseña por qué la norma anterior consignaba en favor de la mujer este derecho y que ahora, en virtud

de la administración conjunta y de las demás reglas que se han consignado, ya no tienen razón de ser.

2. Para confirmar lo dicho, véase cómo, el Art. 184, con la reforma, dice, precisamente lo contrario de lo que establece el Art. 114 reformado. En efecto, la norma en mención dice: "Aunque el marido o la mujer, en las capitulaciones matrimoniales, renuncien los gananciales; no por eso tendrán la facultad de percibir frutos de sus bienes propios, los cuales se entenderán concedidos A LA SOCIEDAD para soportar las cargas del matrimonio; pero, con la obligación de conservar (?) y restituir dichos bienes".
3. La necesidad de adecuar al texto constitucional el de las normas secundarias, ha llevado al legislador, ignorando nuevamente la historia de la ley, a proponer una regla definitivamente ilógica. Cuando regía la codificación de 1960, la mujer fue considerada incapaz por el hecho del matrimonio. Este absurdo jurídico fue superado por la reforma de 1970. Desde ese entonces, tanto el hombre como la mujer, conservan, luego del matrimonio, su capacidad jurídica. Fue preciso, por lo mismo, que, para guardar la "debida correspondencia y armonía", el texto de la Ley elimine el del Art. 139 que inmotivadamente decía que la mujer no requiere de autorización del marido para disponer de lo suyo por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte, porque, siendo, como es, el testamento un acto personalísimo, de una sola persona y por fin indelegable, si los dos cónyuges son capaces ante la ley, sobre cualquier precepto que diga que , no se requiere de autorización del otro para otorgar el testamento. De no ser así, tendría que anteponerse para todos, absolutamente para todos los actos y declaraciones de voluntad, que las personas capaces no necesitan autorización de ninguna otra para celebrarlos. El legislador no pensó así y dijo que el Art. 139 debe sustituirse para que tenga el siguiente texto: "Ni la mujer, ni el marido, necesitan autorización del otro, para disponer de lo suyo, por acto testamentario o entre vivos". Recuérdese, no obstante, que, conforme al Art. 184, los cónyuges se hallan obligados a conservar los bienes, que, conforme a la regla que comentamos, pueden, en cambio disponerlos libremente. ¿Es posible entender qué quiso decir el legislador?

VII. Otros problemas de la reforma

Parecía difícil que las normas reformativas pudieran haber creado más dificultades de las que brevemente quedan apuntadas; pero no es así. Vamos a referirnos a otras graves situaciones que nacen del texto aprobado por la legislatura para demostrar que las razones que nos han guiado para criticar el texto de la ley reformativa tiene su razón de ser.

Viene a nuestra memoria la sentencia de Savigny que declaraba, nada menos que en la docta Alemania, que la década a la que se refería, en el siglo pasado, no era para legislar. Parece ser que, a un siglo de distancia, no lo es, tampoco, en el Ecuador, la década que vivimos. El actual Código de Procedimiento Penal, que es también un elocuente ejemplo de la incongruencia elevada a la categoría de ley y que corresponde precisamente a esta década, también ha puesto su contribución para que las reformas al Código Civil digan lo que en su incongruente contenido dicen. Lamentamos tener que expresarnos en estos términos, pero vamos a demostrar por qué lo hacemos.

El antedicho Código de Procedimiento Penal propuso una de las formas menos acertadas de derogación de que se tenga noticia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Declaró, en la primera de las disposiciones transitorias, vigente el anterior Código de Procedimiento Civil, publicado el 12 de abril de 1971, en el registro oficial No. 200; y, en el artículo final del mismo Código declaraba suprimido el Código de 1971, publicado el 12 de abril de 1971, en el registro oficial No. 200. Entre otras supresiones, aparte de la que hemos recordado, la legislatura, en el predicho artículo final, suprimió el Art. 503 del Código Penal.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que, desde la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal no existe, por haberse suprimido, el tipo delictivo del adulterio. Sigue como causa de divorcio, pero, en virtud del principio de legalidad y de la norma que eliminó el tipo, el adulterio no es más, en el Ecuador, delito. De esto resulta entonces, con meridiana claridad, que, del Art. 95 del Código Civil se ha suprimido el ordinal segundo, pues este precepto legal declaraba nulo el matrimonio

celebrado por el "hombre o mujer, con su correo en el delito de adulterio" Para que de ello no quede duda alguna, también la reforma dijo, en el Art. 9, lo siguiente: "Suprímese el ordinal segundo del Art. 95". El numeral, entonces, para que nadie dude, se ha suprimido dos veces, así como para suponer, repitiendo a .Manrique, que se debió acertar una. Pero no fue así.

En efecto, la legislatura, luego de suprimir el ordinal segundo en referencia, dijo, en el Art. 10 de la reforma, lo siguiente: "A continuación del Art. 93, agréguese el siguiente: "Art... La acción de nulidad del matrimonio prescribe en el plazo de dos años, contados desde la fecha de su celebración, o desde el momento en que se tuvo conocimiento de la causal invocada, excepto en los casos de los ordinales cuarto y séptimo del Art. 95.- Disuelto el matrimonio por otra causa, podrá iniciarse la acción de nulidad".

Veamos brevemente, a los absurdos jurídicos que conduce la norma transcrita, como corresponde, fielmente.

- a) Suprimida dos veces la causa señalada en el ordinal segundo del Art. 95, esta causa no existe. Salvo que para la legislatura lo que se suprime sí exista, como parece ser que quiso decir con el Código de Procedimiento Penal, conforme a la referencia que hemos puntualizado anteriormente. Pero admitamos, por ahora, que la causa ha sido suprimida. En consecuencia, el Art. 95, que antes contemplaba nueve causas de nulidad del matrimonio, ahora contempla solamente ocho; y la causa que antes fue tercera ahora es segunda, y así sucesivamente. Suprimida la segunda, la que fue tercera no puede continuar siendo tercera. Si esto es así, prescriben en dos años todas las causas de nulidad del matrimonio, excepto cuando se haya celebrado entre impotentes y entre hermanos. Y no está dentro de estas excepciones, en consecuencia, el matrimonio celebrado entre ascendientes y descendientes, entre impúberes, entre yernos y suegros, entre padrastros e hijastros. Tales matrimonios quedan sometidos a la regla de la reforma y, por consiguiente, la acción de nulidad prescribe en dos años después de celebrados. Esta es, para recordar la canción popular, "la dura ley que han decretado".

- b) Pero vamos a suponer que, a pesar de la eliminación dos veces hecha, la norma constante del ordinal segundo sigue en el precepto y, por consiguiente, la nulidad del matrimonio no puede prescribir en dos años si se ha celebrado entre quienes mantenían un vínculo matrimonial no disuelto entre ascendientes y descendientes. La conclusión es obvia: si el matrimonio se ha celebrado, por ejemplo, entre hermanos, la causa de nulidad prescribe en dos años. Y los abogados sabemos, señores legisladores, que, conforme a la regla del Art. 1513, que ventajosamente no ha sido reformada, las obligaciones extinguidas por la prescripción se vuelven naturales y no dan acción alguna.

Lo dicho no es todo: el inciso final de la reforma dice que "disuelto el matrimonio por otra causa, podrá iniciarse la acción de nulidad. "Estas otras causas son, conforme al Art. 104, la muerte de los cónyuges, bien la muerte real como la presunta y el divorcio. De modo que, muertos los padres, se podría llegar al absurdo inconcebible de que el Ministerio Público intente la acción de nulidad del matrimonio que ha terminado por esta causa tan incuestionable. Y, si el Ministerio Público no propone la demanda, hasta podría creerse que se ha autorizado a los herederos de los consortes fallecidos, para que intenten la acción de nulidad. Nada sorprendente sería que se dé un caso tan extremo, si al extremo que hemos visto ha llegado la propia ley.

Dentro del mismo desconcertante panorama encontramos un nuevo concepto de agresión que ahora debe ser tomado en cuenta para impedir que muchas personas se encuentren, a lo mejor sin quererlo, sujetos a la regla que anotaremos en seguida.

El Art. 46 de la reforma nos obliga a incorporar en el texto del Código Civil, una norma que debe agregarse luego del Art. 194, esto es, luego de la disposición que formula las causas de la disolución de la sociedad conyugal, esto es, de la sociedad de bienes, que es, en último término uno de los efectos del matrimonio, pero efecto patrimonial, en fin, y no personal y, por lo mismo, de inferior rango. Por esta misma razón se han dado muchos casos en que, terminada la sociedad de bienes, los cónyuges mantienen sus vínculos personales quizás con mayor fuerza. Las normas de nuestra referencia ni siquiera hablan de la sociedad conyugal que se ha liquidado, no. Hablan solamente de la sociedad de

bienes que se ha disuelto; disolución que, al amparo de lo que dispone el Art. 194, puede producirse a pedido de cualquiera de los cónyuges, sin que ello suponga, porque no hay razón alguna que nos obligue a creerlo, que entre tales cónyuges deba existir distanciamiento alguno.

Entre estos cónyuges que viven una vida armoniosa puede darse el caso de la disolución de la sociedad de bienes. Y puede darse, porque la vida es así en su multiforme realidad, que este matrimonio tenga un solo bien destinado a vivienda y que el marido o la mujer incurra, por ejemplo, en una forma de demencia. El cuidado de los hijos debe darse, por obvias razones, al otro. En este caso, el derecho real de uso y habitación, mientras dure la incapacidad de los hijos, corresponde al cónyuge a cuyo cargo se encuentre. Pero el otro — ¡es que así se ha escrito la ley!— no puede ingresar a este inmueble, porque el legislador ha "eliminado" (así consta) la posibilidad de que el otro cónyuge cohabite en el bien gravado. Esto, que ya de por sí es grave, gravísimo, no es ni una sombra de lo que la norma agrega, pues, a continuación otorga al cónyuge "agredido" una acción posesoria para solicitar del juez competente el amparo en su posesión. En el caso extremo, pero posible que hemos propuesto, nada menos que el cónyuge incapacitado, se vuelve agresor y contra él puede intentarse una acción posesoria.

Hay, sin duda alguna, una mezcla de lo que es la disolución de la sociedad conyugal, la acción posesoria, la agresión, en fin, varias materias fundidas en un solo precepto para hacerlo inaplicable. Cuando Ihering sostuvo que la mejor manera de distinguir entre un abogado y quien no lo es, consiste en preguntarle si sabía lo que es la posesión y en qué se distingue del dominio, jamás pudo pensar que esta pregunta podía formularse al actual legislador ecuatoriano con la seguridad de que no podría darle una respuesta adecuada, pues, como puede observarse de la norma en cuestión, no solamente que la distinción que reclamamos no existe, sino que, contra la lógica recomendación del Art. 4 del Código, se han mezclado de tal manera las materias, que han configurado, entre otros absurdos jurídicos, hasta un delito imposible. ¿Habrán tenido presente, en efecto, nuestros legisladores, todas las reglas que sobre la posesión inscrita constan en el Código? ¿Habrán antepuesto de alguna manera la regla legal por la que la posesión inscrita sólo se pierde con otra inscripción? Seguro que lo que el legislador pensaba, como puede observarse del contexto de la reforma, era que bastaban las "reformas"

introducidas al Libro Primero, sin considerar que el Código reclama, porque no hay otro modo de comprender el Derecho, la debida correspondencia y armonía en las disposiciones de todo el panorama normativo, so pena de volver al Derecho un verdadero caos que es sin duda alguna, mucho peor que la falta de ley.

Nadie puede negar la necesidad de proteger a la familia. Pero para hacerlo, recordando al doctor Osorio, es preciso que se lo haga "usando el lenguaje con pulcritud, con dignidad, con eficacia".

Muchas más son las incongruencias de la reforma. Para terminar este tema queremos solamente poner un ejemplo final. El Art. 189, con la reforma, ha quedado reducido al siguiente texto: "En caso de interdicción de uno de los cónyuges, o de ausencia de tres años o más sin comunicación con su familia, la administración de la sociedad corresponderá al otro". Pero puede ser, señores legisladores, que precisamente el que se halla presente en el domicilio conyugal sea el que administre la sociedad conyugal. ¡Admírese el absurdo que de la norma resulta en este caso!: debe privarse de la administración al cónyuge presente, para dársela al ausente, que, a lo mejor, ha muerto, y, aunque no hubiese muerto, está ausente y no se conoce siquiera su paradero.

VIII. La administración conjunta

Parece ser que este fue el problema central que interesó a la mayor parte de los legisladores que pusieron realmente interés en las reformas. Se quiso, sin duda alguna, lograr lo que se reclamaba en los considerandos, esto es, la "igualdad total" entre los cónyuges y se impuso la administración conjunta como regla, aunque, menos mal, hay que reconocerlo, se permitió que tanto la mujer como el marido pudiesen formular, mediante las capitulaciones matrimoniales (aunque definidas dos veces, en preceptos diferentes, eliminando, además, una regla absolutamente necesaria en el juicio de investigación de la paternidad pudiesen formular, insistimos, otras formas de proceder, contractualmente. Cabe, también la ratificación de ciertos actos y las autorizaciones que pueden dar uno y otro cónyuge para ciertos actos.

Creemos, no obstante, que al legislador se "le fue la mano" con las reglas que ha consignado. Tal como se hallan propuestas las reglas de la ley, la donación del ejemplar del registro oficial en el que constan las reformas sería nula, si tal liberalidad se realiza por una persona casada o que vive en una "unión de hecho", pues, a los hogares de hecho se deben aplicar las mismas reglas que las que corresponden a la sociedad conyugal. Hubiese sido de desear que un aspecto de tanta trascendencia no se legisle sin la debida sindéresis. Llega a tanto la extensión que se ha dado a las palabras de la ley, que ni la mujer, ni el marido, podrían, sin contar con la previa autorización del otro, celebrar una enorme cantidad de negocios jurídicos que, a pesar de las reformas, se realizan todos los días por cada uno de ellos, sin la presencia del otro. Tal es el caso de la venta y de la donación de una cantidad muy variada de muebles, muchos de ellos, naturalmente, tan de escaso valor, que a nadie se le podría ocurrir siquiera requerir la nulidad del contrato otorgando sin el exigente consentimiento" que se ha impuesto. Naturalmente los problemas han llegado a situaciones insospechadas como, por ejemplo, las decisiones que deben tomar las juntas generales de socios y accionistas, si de distribuir la utilidad se trata, pues, como están de por medio acciones o participaciones sociales, sin la concurrencia o la autorización requerida del cónyuge que no figure como accionista o socio, las decisiones serán nulas. Es de urgente necesidad que estas reglas se ajusten a las verdaderas exigencias que quisieron cubrir y que, por desgracia, han ido mucho, muchísimo más allá.

IX. Otras regulaciones

Dada la naturaleza de este estudio, es imposible detenerse más en Otras consideraciones que, desde luego, son tanto o más importantes que las que brevemente hemos tratado. No obstante, debemos anotar que la reforma ha suprimido la separación conyugal judicialmente autorizada, considerando que la institución no ha producido los efectos deseados, así como otras reglas que, desde luego, han sido superadas por la experiencia y por la razón natural. Estas supresiones, que la vida misma se ha encargado de dejar sin uso práctico alguno, ciertamente debieron eliminarse, como se ha hecho, para que la ley responda a las exigencias que se viven actualmente.

X. Una recomendación final

En el Ecuador existen muchas personas que han dedicado gran parte de su vida al apasionante estudio del Derecho. Y, entre éstas, muchas, en particular, al estudio del Derecho Civil. El legislador no tiene la obligación de "saberlo todo, absolutamente todo", so pena de incurrir en la conocida sentencia de Unamuno. De allí nuestra comedida petición para que, las ideas que han servido para reforma que brevemente hemos comentado, deberían entregarse a juristas conocedores de la materia, para que se elabore una auténtica reforma al Código Civil, verdadero monumento al que sólo se le puede reformar con cabal conocimiento de causa. Sirva de elocuente ejemplo el ponderado análisis que la Comisión Legislativa cumplió para la mejor codificación que se ha hecho en la historia de la legislación ecuatoriana, cuando, en el año de 1960, se editaron los volúmenes de la Constitución y leyes del Ecuador, verdadero ejemplo de lo~ que pueden la inteligencia y la dedicación al trabajo, puestos al servicio del mejor instrumento de que dispone la convivencia humana civilizada: el Derecho.

LA LIBERTAD, LA JUSTICIA Y EL DELITO

José R. Serrano González

"Dios nos ha dado el corazón para aborrecernos y las manos para degollarnos" (Voltaire. Tratado sobre la Tolerancia)

Este somero "estudio" lo he dividido en dos partes, el primero con los conceptos básicos a los que se refiere el tema sobre lo que se considera qué son o qué se pretende que sean la "libertad, la justicia y el delito" y el segundo un ensayo de tipo personal sobre cómo se presentan en nuestro tiempo actual y cómo deseamos que se den los dos primeros (libertad y justicia) y se elimine el tercero (el delito).

I

En general el concepto de libertad designa todo comportamiento que se realiza sin la presión de elementos ajenos. "Puede dividirse en libertad moral y física o psicológica. La primera significa ausencia de cualquier necesidad que provenga de normas o leyes legítimas (p. ej., no es libre de matar o no matar). La segunda indica carencia de coacción tanto en el orden físico como el psicológico. En consecuencia, es posible distinguir dentro de ella la libertad de coacción (ausencia de elementos externos que obliguen a un determinado modo de obrar, como ocurre cuando se realiza un acto que no ha sido forzado físicamente desde fuera) y libertad psicológica, que es la de mayor interés por afectar a la misma voluntad, al exigir ésta, para ser libre en este sentido, que no exista ninguna necesidad interna que impulse a la acción concreta (así, será preciso determinar en qué medida pierde su condición de libre el acto emanado de una voluntad internamente movida por miedo, pasión, etc.) Hay que destacar, además, la diferencia entre libertad de ejercicio y de especificación: aquélla es la que se da simplemente para obrar o no obrar; ésta, en cambio, se desarrolla dentro del obrar mismo, pero conserva la opción de realizar uno u otro acto. Supuesto lo anterior, puede darse la libertad auténtica (psicológica) en el ejercicio o en la especificación de actos, aunque no esté acompañada de la libertad de coacción, como es el caso de un sujeto a quien se le fuerza a realizar un acto no aceptado en su interior. Así pues, en resumen, se entiende por libertad la capacidad de la voluntad humana, según la cual, puestos todos los requisitos, puede obrar o no, llevar a cabo un acto u otro. Lógicamente, el acto libre, emanado de la voluntad dotada de libertad, supone antes de su realización, un conocimiento de los extremos entre los que se ha de elegir, una

deliberación, una decisión y una puesta en práctica de lo determinado. La libertad reside en la facultad volitiva, y el acto libre será, más concretamente, el de la decisión.

La libertad implica un compromiso entre los derechos del individuo y los derechos de la sociedad. Cada individuo es único, dado que en algunos aspectos es distinto de cualquier otra persona. Pero la sociedad integra a los individuos en base de lo que tienen en común, como lugar de residencia, lenguaje, raza o religión.

En las sociedades democráticas los individuos poseen derechos morales y legales derivados del reconocimiento y respeto a su singularidad; se limita el derecho del Estado a interferir en la vida de los individuos, y también la capacidad de éstos para inmiscuirse en la libertad de los demás. Cada individuo tiene derecho a la inviolabilidad de su morada; a la policía no le está permitido entrar en ella sin autorización judicial, y para conseguir ésta debe presentar motivos fundados. Toda persona puede ser culpable de allanamiento de morada si entra en ella sin permiso del ocupante.

En los países totalitarios, los derechos de las personas no se respetan, y la policía puede entrar en una casa siempre que quiera; también puede arrestar sin dar ninguna explicación. En países como Sudáfrica, se reconocen derechos a una clase de personas, los blancos, mientras que a las de otra clase, los negros, se les limitan tales derechos.

En la antigüedad había una división similar antes de la abolición de la esclavitud. En Grecia y Roma había dos clases de seres humanos: la clase de los propietarios de esclavos, cuyos miembros eran considerados individuos con derechos cívicos, y la de los esclavos, con pocos derechos y cuyos miembros podían ser comprados y vendidos.

A pesar de que el cristianismo ha sostenido que todos los seres humanos son personas y como tales son únicos a los ojos de "Dios", hace tan sólo aproximadamente doscientos años (en nuestro país, aún menos de doscientos años) que ha sido reconocida y aceptada ampliamente y de manera práctica la individualidad humana, con independencia del color, de la religión o el modo de vida.

El concepto de individualidad está ligado íntimamente con el de libertad, que es el derecho de cada individuo a buscar su felicidad según su propio y peculiar punto de vista, con la menor interferencia posible por parte del Estado o de los demás.

El hecho de la individualidad constituye la base moral sobre la que se asienta la idea de que todos los seres poseen una dignidad que debe ser respetada. Dado que cada individuo es único, es irremplazable; nadie puede sustituirle total y absolutamente. Así pues, posee un valor que se deriva del hecho de ser él mismo. Por tanto, tiene una dignidad que emana de su individualidad y de su singularidad, y no un precio derivado de lo que cuesta hacerlo o de lo que costaría reemplazarlo. Tal como dijo el filósofo Emmanuel Kant: "una cosa tiene un precio en la medida en que se puede hallar un sustituto o equivalente para ella. Tiene una dignidad o un valor si no hay equivalente alguno para ella".

Los derechos de toda persona en una sociedad democrática consisten en ser tratado como individuo y ser libre, simplemente por el hecho de ser persona. En un discurso pronunciado unos meses antes de que Estados Unidos entrara en la II Guerra Mundial en 1941, Franklin Delano Roosevelt declaró lo que se ha considerado como una definición clásica de los principios democráticos, contemplando un mundo dividido en cuatro libertades esenciales: libertad de palabra y expresión, libertad para rendir culto a Dios a la manera de cada uno, supresión del hambre y supresión del miedo.

Justicia, vocablo que procede del latín *iustitiq* de *ius*, y que significa derecho o cosa que se puede reclamar en derecho. Consiste, pues, entregar a cada persona aquello a que tenga derecho; por eso la administración de la justicia consiste a su vez en determinar y defender los derechos de los individuos de acuerdo con lo establecido por la ley o los principios de la equidad.

La justicia como virtud es el impulso moral que inclina a la voluntad a entregar a otro lo que en derecho le corresponde.

Personifica a la justicia la diosa romana *Iustitia*, bajo el aspecto de una noble matrona que mantiene una espada (ley) una balanza (equidad) o ambos atributos a la vez, apareciendo con los ojos vendados

en señal de imparcialidad. En Egipto, el emblema de la justicia era la erecta pluma del tocado de Matt (que significa rectitud), diosa egipcia de la justicia.

El concepto básico del significado de "derecho" y "justicia" ha sido uno de los factores determinantes del auge y caída de las formas de gobierno y de los sistemas legales a lo largo de la historia.

En Derecho la justicia puede considerarse subjetiva y objetivamente; en el primer sentido la definía el antiguo Derecho Romano como "constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo", y objetivamente, como "la proporción entre el dar y el exigir aquello que es necesario para la existencia del orden social y para que, dentro de él, pueda el hombre cumplir el fin que le es propio". De esta última definición surge la distinción de dos clases de justicia: la individual, denominada también conmutativa, que se refiere a los individuos y a las relaciones entre ellos y consiste en la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, y la social, que se refiere a las relaciones entre los individuos y el Estado y que se subdivide en legal (proporción que existe entre los individuos y el Estado, por la cual aquéllos están obligados a dar a éste todo lo necesario para el bien común) y distributiva (proporción que existe entre el Estado y sus miembros, por la cual aquél reparte entre éstos los bienes y cosas comunes en relación a los méritos de cada uno o de sus necesidades). La justicia conmutativa tiene por campo el Derecho privado, y la social, el público.

La justicia exige que toda persona disponga de libertad para ejercer y disponer de todos sus derechos en tanto ese ejercicio o disfrute no viole otros derechos iguales o superiores de otros o atente al bien común. El Estado o sociedad civil ha sido instituido para preservar esos derechos de sus ciudadanos, para decidir en los casos de conflicto y para fomentar el bien común promoviendo la paz y prosperidad de los súbditos. Esta idea ha sido aceptada como base de las instituciones legales y gubernamentales de la llamada civilización occidental.

Aunque las leyes varían de un lugar a otro, casi todos los sistemas legales se apoyan en ciertos conceptos básicos. Quizá el más importante sea el de justicia: el deseo de equilibrar claramente las necesidades del individuo con respecto a las necesidades de la sociedad, más el deseo de

hallar un claro equilibrio entre los intereses de un individuo y los de otro. La frontera entre esos dos empeños es, en términos generales, la línea que distingue entre el derecho público y el derecho privado.

Se ha discutido mucho sobre el origen de la autoridad legal. El filósofo francés del siglo XVIII, Jean Jacques Rousseau, opinaba que, para merecer obediencia, la ley debía consistir en un contrato social espontáneamente aceptado por ciudadanos libres. En abierto contraste con esta opinión, el jurista inglés John Austin argumentaba que las leyes, básicamente, no eran más que una serie de órdenes del gobernante a los gobernados. En la misma época, en Alemania, Friedrich von Savigny describía la ley como algo que brota naturalmente del espíritu, del ambiente y de la historia nacionales. Por cierto, es indudable, que el sistema legal de cada país tiene unas características propias que le diferencian peculiarmente.

El delito no es otra cosa que el comportamiento ilícito del hombre, previsto por la ley penal y castigado con una sanción determinada; La formulación general de una noción de delito que sirva en todos los tiempos y países es extraordinariamente difícil, ya que la noción de delito se halla en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo. Una definición general podría ser la que establece la mayoría de los códigos penales: "son delitos las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley".

Las infracciones de la ley penal, que en general se denominan con los términos de crimen, delito, etc., se dividen, desde el punto de vista de su gravedad, en delitos propiamente dichos y en faltas o contravenciones. Sin embargo, cuando se sigue un triple criterio, se distingue con el nombre de crímenes a los más graves. Con distintos criterios, los delitos se dividen en: simples, en los que la transgresión resulta de una sola acción, y compuestos, en los que resulta por varias acciones; flagrantes si se está cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente es sorprendido, y no flagrantes en caso contrario; públicos o perseguibles de oficio, y privados o perseguibles a instancia de parte; materiales y formales, según sea o no necesario que se produzca el resultado dañoso; comunes y especiales; comunes, políticos y sociales, etc.

Por su importancia hay que resaltar la clasificación de los delitos atendiendo a la culpabilidad del agente, en dolosos y culposos. En los primeros el hecho ilícito es querido, consciente y voluntario, como consecuencia de la acción en los segundos es consecuencia del comportamiento imprudente, negligente o contrario a normas establecidas.

Las legislaciones penales suelen regular los delitos según la naturaleza jurídica del interés dañado. En este sentido, y aunque varían según los distintos códigos penales, se pueden señalar en general los siguientes grupos:

- a) delitos contra las personas: homicidio, aborto, lesiones, etc.
- b) delitos contra la honestidad, como, por ejemplo, la violación, el estupro y la corrupción de menores;
- c) delitos que atañían contra el honor, como la calumnia, la injuria;
- d) delitos contra el estado civil de las personas, como los matrimonios ilegales;
- e) delitos contra la libertad y seguridad: las detenciones ilegales, la violación del domicilio,
- f) delitos contra la propiedad o el patrimonio: robo, hurto, estafa, incendio, daño, etc.,
- g) delitos de falsificación entre los que destacan la falsificación de documentos, moneda y títulos de crédito;
- h) delitos contra la salud pública, como contaminación de las aguas;
- i) delitos contra la administración de justicia, como el falso testimonio, la denuncia falsa y quebrantamiento de condena;
- j) delitos que atentan contra la seguridad interior o exterior del Estado, la Constitución, etc., entre los que se encuentran los de traición, rebelión y sedición.

II

Personalmente pienso que la libertad es la facultad de decisión que tiene el hombre para actuar u obrar de acuerdo con su conciencia; desgraciadamente esta libertad se ha visto permanentemente constreñida por los convencionalismos, la hipocresía y la malsana ambición de los poderosos; acudiendo a mi memoria lo que en algunas partes se cuenta de un bucanero que le espetó a Alejandro de Macedonia: "A mí me llaman "pirata" porque robo en pequeño; a ti te dicen "conquistador" porque robas en grande".

En verdad ¡cuántos ladrones y tiranos figuran como héroes! ¿cuántos de los supuestamente forjadores de una mejor humanidad no fueron sino seres siniestros ocultos tras una careta de bondad? Creo que la civilización occidental, hermosa y admirable en tantos aspectos, es la civilización de la máscara. El hombre occidental y cristiano ha logrado tejer en el cerebro tupidas y hondas máscaras psicológicas. Sujetas a los más variados convencionalismos, convertida la hipocresía en hábito tenaz, las gentes han escondido su verdadero pensamiento tras las tristes caretas de la comodidad, el rito o la resignación.

La deformidad de Occidente, benéfico y culto para nosotros, salvaje y agresor para el resto del mundo, fue denunciada por uno de los espíritus más lúcidos del siglo XX, André Malraux en "Las Voces del Silencio", cuando decía. "El gran carnaval del occidente blanco transcurre indiferente a la realidad del mundo y de la Historia, colocándose, tal vez sin saberlo y de forma suicida, al borde del precipicio. Estamos ya muy lejos del viejo e ingenuo culto a Dionisios, iniciado sobre una nave con ruedas ("carro naval" de ahí carnaval) que recorría lentamente las calles de Atenas, cuando amanecía la cultura occidental".

Creo que para evitar el delito, es decir, evitar la transgresión de la ley, el hombre no debe apartarse de pocos pero fundamentales principios, que a mi entender serían, en el orden social: la justicia y la libertad. La justicia, implica, desde luego, esencialmente la justicia social, no aquella pomposamente predicada por algún partido político de nuestro país, sino aquella cuya inexistencia permite la explotación del hombre por el

hombre, de naciones pobres por naciones imperiales, la existencia "de centenares de millones de hambrientos y, por otro lado, la riqueza repugnante, el dinero que se gasta en armamentos (dos millones de dólares por minuto). Por eso no es admisible un mundo en el que se halla la libertad pero se condena a la muerte por hambre. No es deseable libertad sin justicia social, porque entonces es una libertad apócrifa, o válida para una minoría. Tampoco es deseable justicia social sin libertad, porque entonces se sustituye la tiranía de la riqueza por la tiranía de un partido. Creo sinceramente que la característica de las sociedades totalitarias es el desprecio por la libertad y la sangrienta burla de la sacralidad del hombre.

La sociedad necesita para matar al delito o eliminarlo casi totalmente, educar de mejor manera al niño y al adolescente; la educación indudablemente debe ser una combinación de amor y autoridad; la falta de uno u otro de estos ingredientes es fatal; es necesario tener en cuenta los tres o cuatro principios que son realmente esenciales; es preferible que un hombre sea valiente y no cobarde, que sea generoso y no mezquino, que sea responsable y no irresponsable, que sea justo y no injusto. Eso es lo importante de una educación, no los logaritmos y los cotiledoneos. Está demasiado lleno el mundo de canallas que manejan logaritmos o computadoras.

Basta mirar alrededor para contemplar el permanente baile de disfraces de nuestra sociedad, que siempre justifica y muchas veces aplaude al delincuente. Ríe el viejo radical disfrazado a tiempo de conservador; charla por los codos el prevaricador vestido de magistrado; goza el burgués de casa suntuaria enfundado en su temo socialista; trepa puesto tras puesto el jovencito acajonado y feminoide, travestido de fervor religioso; festeja el ladrón tras la careta del filántropo, lo emponzoña todo la fémina frígida con su severo traje de beata; pasa por ejemplar la altiva dama adúltera; se multiplican como las arenas del mar los calumniadores de oficio y los maledicentes, oculta la lengua tras la careta del intachable burgués de bien, siempre dispuesto a afirmar lo contrario de lo que piensa. Cada uno ha conducido su pensamiento en fúnebre cortejo, al cementerio de los pálidos sudarios y los nichos resplandecientes. Es necesario volver a oír la terrible y admonitoria voz de Quevedo que exclamaba: "No he de callar por más que con el dedo, ya tocando la boca o ya la frente, silencio avises o amenazas miedo. ¿No ha

de haber un espíritu valiente? ¿Siempre se ha de sentir lo que se dice? ¿Nunca se ha de decir lo que se siente?", Esperemos que algún día caigan los disfraces; que una mañana de sol y de alegría nos miremos las caras. Pero no soñemos en vano. Unas docenas de intelectuales "desnudos como los hijos de la mar", no son más que personajes pintorescos o anormales, en medio del gran carnaval, de la colosal piñata instalada en la fría sociedad de consumo y oropel.

Sin embargo, repitamos con el Zend Avesta, cuando canta bellamente: "Quien siembre trigo, siembre santidad". La vida con sentido es creación benéfica: humanas soluciones, felices ocurrencias, labores constructivas y remedios.

Dice el libro del Génesis que Dios veía que era "bueno" cada vez que hacía nuevas criaturas. El bien acrece la vida: siembra, produce y cosecha. Sana, redime y levanta. Ama y crea. Alegra.

En medio de la violencia, la codicia y la ignorancia, en medio de las crueldades, los hombres y las mujeres creativos cumplen su obra de luz y destruyen al delito y a la muerte; ejercitan su LIBERTAD y proclaman la JUSTICIA.

REFLEXIONES SOBRE EL PARENTESCO
Homero Moscoso Jaramillo

Al referirme a este tema, quiero aprovechar la oportunidad para tratar algunos aspectos de gran trascendencia en la vida diaria; sobre todo en las relaciones personales de los individuos, que en muchas ocasiones, por actos completamente ajenos a nuestra voluntad, nos vemos involucrados en situaciones a las que jamás hubiésemos querido llegar y que sin embargo la ley nos impone.

El parentesco constituye uno de los pilares de la familia; precisamente se lo define en términos generales como la relación de familia que existe entre dos personas.

Por su claridad y porque nos permite establecer las clases de parentesco, me voy a permitir transcribir el concepto de Planiol:

"El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real, que es un hecho natural, y que se deriva del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio, establecido por un contrato particular, llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real."

El concepto transcrito, contempla dos de las tres clases de parentesco generalmente reconocidas; siendo éstas: el parentesco natural, consanguíneo o por consanguinidad; el parentesco por adopción; y, el parentesco legal, afín o por afinidad. Esta última clase de parentesco, no está contemplada en el concepto de Planiol; aún cuando éste, en sus obras, reconoce su existencia e inclusive analiza con cierta profundidad esta clase de parentesco.

El parentesco natural o por consanguinidad, es aquel que se origina en el nacimiento, se establece por cuanto las personas vinculadas por él, la una es descendiente de la otra; o ambas, sin tener la relación mencionada, descienden de un tronco común.

Esta doble posibilidad de establecerse el parentesco consanguíneo, permite que se distingan las líneas del mismo: parentesco en línea recta, que es el que existe entre ascendientes y descendientes y, parentesco en línea colateral o transversal, que es el que existe entre dos personas vinculadas por nexos sanguíneos, por cuanto provienen de un tronco o lazo común, sin tener entre sí las calidades de ascendientes y descendientes. Dentro del primer caso, se encuentran padre e hijo; y, dentro del segundo, los hermanos, tío con sobrino, etc.

El parentesco consanguíneo, por cuanto proviene de un vínculo natural, podría considerarse como la figura central del parentesco en general; es por ello que se utiliza este término, que proviene de parto, que a su vez es el evento biológico que da lugar al nacimiento.

El parentesco por adopción, es el que se establece por aquella figura jurídica en virtud de la cual, una persona, legalmente se convierte en hija de quien naturalmente no es su padre o madre, y que se denomina adopción, dando lugar a la implementación de nexos de familia entre el adoptante y el adoptado.

El parentesco afín o legal, es el que se establece en virtud del matrimonio; entre uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro cónyuge. Se establece también este parentesco, por el hecho de que un hombre y una mujer, sin matrimonio, se hayan conocido carnalmente. Hemos de ver que en nuestro derecho, esta segunda forma de establecimiento de parentesco afín, difiere considerablemente.

La parte central de esta pequeña exposición, va a referirse al parentesco por afinidad, estableciendo la diferencia entre tres sistemas legales: el Mexicano, el Chileno y el Ecuatoriano; debiendo aclarar que si bien, en un principio existió concordancia plena en los códigos civiles de Chile y Ecuador en la actualidad hay una diferencia muy considerable entre ellos.

Antes de dedicarme a ello, creo necesario hacer alusión a los grados de parentesco y a la forma de determinarlos; limitándome en el primer aspecto, a mencionar que por razón natural, es preciso establecer diferencias entre los distintos parientes; pues el nexo de unión es diverso, de acuerdo a la proximidad del lazo familiar; una es la relación existente

entre padre e hijo; otra es la que se presenta entre dos hijos de hermanos, esto es entre primos hermanos. Esto ha originado la figura del grado de parentesco, que podríamos definirlo como el número de generaciones que separan a dos parientes entre sí.

Para el establecimiento del grado de parentesco, es forzoso diferenciar dos circunstancias, al tratarse del parentesco consanguíneo: a) en el caso del parentesco en línea recta, el grado de parentesco se determina, sumando el número de generaciones que separan entre sí, a los dos parientes cuyo grado tratamos de establecer; así entre padre e hijo, al separarlos una sola generación, existirá entre ellos el primer grado de parentesco consanguíneo en línea recta; entre abuelo y nieto, el segundo; entre bisabuelo y bisnieto, el tercero, etc.; b) para establecer el grado de parentesco colateral o transversal, debemos sumar el grado de parentesco en línea recta, existente entre cada uno de los parientes cuyo grado de parentesco estamos tratando de determinar y el tronco común más próximo de dichos dos parientes; así, entre hermanos, existirá el segundo grado de consanguinidad colateral, porque el tronco común más próximo, es el padre, habiendo entre éste y cada uno de sus hijos, el primer grado de consanguinidad en línea recta. Si tratamos de establecer el grado de parentesco existente entre dos primos hermanos, siguiendo el mismo procedimiento, llegaremos a la conclusión de que entre ellos existe el cuarto grado de consanguinidad colateral; pues el tronco común más próximo de ellos es el abuelo, el cual con cada uno de sus nietos, mantiene el segundo grado de consanguinidad en línea recta. Me permito exponer esta fórmula, para obtener el grado de parentesco colateral, que me parece más sencilla y práctica que la utilizada por la gran mayoría de los estudiosos del derecho, que se refieren a seguir una vía de ascenso, desde el un pariente, hasta el tronco común más próximo, para luego seguir una vía descendente, desde el tronco común, hasta el otro pariente cuyo grado tratamos de establecer; el grado será la suma de generaciones encontradas en el ascenso y el descenso.

El grado de parentesco afín, se determina por analogía, con el grado de parentesco consanguíneo existente entre el cónyuge o el hombre o la mujer con quien se ha tenido acceso carnal; así entre suegra y yerno, existe el primer grado de afinidad en línea recta, porque este es el grado de consanguinidad que se presenta entre madre e hija. Entre un hombre y el primo hermano de su mujer, habrá el cuarto grado de afinidad colateral.

De lo manifestado podemos llegar a dos conclusiones muy importantes, en materia de parentesco; en primer lugar, que no existe parentesco entre los cónyuges, originado exclusivamente en el matrimonio, lo cual quiere decir que los cónyuges son parientes, únicamente cuando independientemente del matrimonio, ellos mantengan algún vínculo parental, como cuando hayan contraído matrimonio dos primos hermanos; entre tío y sobrina, etc. Por otro lado, es menester anotar que en lo relacionado con el parentesco colateral, el grado más próximo es el segundo; es decir, el establecido entre hermanos, porque la forma en que se determina esta forma de parentesco, no admite la existencia de una relación de primer grado.

Con la pequeña desviación realizada, vamos a entrar a analizar el tema central de este comentario: el parentesco afín.

En líneas superiores, manifestamos que el parentesco afín, se establece por dos causas: a) por el matrimonio, entre uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro cónyuge; y, b) entre un hombre que ha conocido carnalmente a una mujer y los parientes consanguíneos de ésta; y viceversa.

Las dos maneras de establecimiento del parentesco por afinidad, han dado origen a la diferenciación entre el parentesco afín legítimo y el parentesco afín ilegítimo; el primero es el que se origina en el matrimonio; y el segundo, el que tiene lugar por el conocimiento carnal extramatrimonial. A pesar de que la doctrina establece la diferenciación en la forma indicada, para llevar armonía con el sistema imperante en el Código Civil Ecuatoriano, me voy a permitir modificar la denominación de estas dos clases de parentesco, llamándolas parentesco matrimonial y parentesco extramatrimonial, para eliminar aquello de legítimo o ilegítimo; pues este término nos podría motivar un error, en cuanto a considerar que estamos frente a algo reñido con la ley, cuando nos encontramos más bien frente a una situación reglamentada y que causa efectos dentro del orden jurídico.

He escogido este tema para realizar el presente trabajo, por cuanto no se ha dado a éste, la importancia debida por los estudiosos del derecho; la mayoría de los autores, se limitan simplemente a exponerlo; y

en muy contados casos, efectúan una somera reflexión sobre él; quizá porque ha pasado desapercibido el trasfondo social y familiar del particular o acaso porque no convenga emitir criterios sobre un asunto delicado y problemático.

El Derecho Canónico, es quizá el que con más amplitud ha regulado el parentesco afín; para él, esta clase de parentesco llega a establecerse por el matrimonio; por la adopción espiritual (bautismo) o por el conocimiento carnal ilícito o extramatrimonial. Las dos primeras formas, constituyen el parentesco afín legítimo, mientras que la última, constituye el parentesco afín ilegítimo.

En la gran mayoría de los países latinoamericanos, todo lo relacionado con el matrimonio, se regía por las disposiciones del Derecho Canónico; de allí la influencia que ha tenido esta legislación en la vida de sus pueblos. Al convertirse el matrimonio en una institución del Derecho Civil, en unos casos y del Derecho de Familia, en otros, las normas del Derecho Canónico, como no podía ser de otra manera, sirvieron de antecedentes y fundamento.

A continuación pasaremos a analizar la forma en la que regulan el parentesco afín, los Códigos Civiles de México, Chile y Ecuador.

El artículo 294 del Código Civil Mexicano, expresa: "El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón".

No es necesario hacer esfuerzo alguno, para llegar a la conclusión de que en el Derecho Mexicano, la única fuente del parentesco afín, es el matrimonio; aún cuando algunos comentaristas del texto de la disposición legal invocada, manifiestan que en el caso de la mujer, ésta podría establecer parentesco afín con los consanguíneos del varón con el cual ha mantenido acceso carnal, porque no se exige la existencia del matrimonio. Este comentario parece un tanto aventurado; pues es obvio que para ambos casos, como no puede ser de otra manera, el matrimonio es indispensable.

El Código Civil Chileno, regula el parentesco afín, en los artículos 31, 32 y 33, que expresan:

"ART. 31.- Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

La línea y el grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califican por la línea y grado de consanguinidad legítima del dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima en línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio, y en segundo grado de afinidad legítima, en línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer".

ART. 32.- Es afinidad ilegítima la que existe entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra.

"ART. 33.- En la afinidad ilegítima se califican las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima".

Así mismo, con claridad meridiana las disposiciones legales transcritas, nos demuestran que en el Derecho Chileno la afinidad, como vínculo parental, se establece con ocasión del matrimonio y del conocimiento carnal sin matrimonio, es decir, por las relaciones sexuales mantenidas por un hombre y una mujer, sin estar casados entre sí. Se reconoce entonces en el Derecho Chileno, el parentesco por afinidad matrimonial y extramatrimonial.

En cuanto al establecimiento del parentesco afín extramatrimonial el Derecho Chileno no es muy claro en manifestar si es suficiente una relación sexual eventual para servir de fuente de este parentesco, o si se requiere de una relación estable entre un hombre y una mujer, es decir, del concubinato. La mayoría de los doctrinarios, no se pronuncian expresamente sobre el particular.

Manuel Somarriva Undurraga en su obra "Derecho de Familia", Tomo Uno nos da a entender que no es necesario el concubinato, cuando dice:

El parentesco puede ser por consanguinidad y por afinidad. El primero llamado también natural, porque se basa en la naturaleza, es la relación de sangre existente entre personas que descienden las unas de las otras o de un tronco común. El parentesco por afinidad -que se acostumbra denominar legal, pues es una creación del legislador— es aquel que existe entre una persona que ha conocido carnalmente a otra y los consanguíneos de ésta. Advirtamos, sí, que entre los que tuvieron las relaciones sexuales! por este sólo hecho no existe parentesco de ninguna especie.

Antonio Vodanovic H., redactor de la obra ¹ "Curso de Derecho Civil en el Volumen Segundo del Tomo Segundo, referente a Parte General y Los Sujetos De Derecho, confirma lo indicado al manifestar:

1,157. PARENTESCO DE AFINIDAD LEGÍTIMO E ILEGÍTIMO.- El parentesco de afinidad se divide también en legítimo o ilegítimo.

Afinidad legítima 'es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer' (artículo 31 inciso 1°).

Afinidad ilegítima "es la que existe entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, los consanguíneos legítimos o legítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra" (artículo 32).

La afinidad, pues, dentro de nuestro Derecho, "no sólo resulta del matrimonio, sino también de las relaciones ilícitas".

De la opinión de los dos maestros, en la cual podemos encontrar también la de Don Arturo Alessandri Rodríguez; pues de acuerdo a lo manifestado por el propio Vodanovic, su obra recopila las enseñanzas de clase de Alessandri y Somarriva; deducimos que en Chile, aún una

relación sexual aislada, daría origen al establecimiento del parentesco afín.

El artículo 23 del Código Civil Ecuatoriano, dice:

"Afinidad es el parentesco que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor.

La línea y grado de afinidad entre dos personas se determina por la línea y grado de consanguinidad respectivos; así, entre suegros y yernos hay línea recta o directa de afinidad en primer grado, y entre cuñados línea colateral de afinidad en segundo grado".

Nuestro Código Civil establece también la doble fuente de parentesco afín; por un lado, se crea un nexo de familia entre un cónyuge y los consanguíneos del otro; y, por otro, determina también parentesco afín, el hecho de la procreación sin matrimonio.

En cuanto al parentesco matrimonial, el artículo 23 del Código Civil Ecuatoriano, es muy diáfano en manifestar que este vínculo parental, sobrevive al matrimonio; pues la terminación del matrimonio, a no ser que sea la nulidad, no significa la extinción del parentesco afín establecido como consecuencia de la celebración del matrimonio disuelto; ello deducimos por cuanto el parentesco afín se da entre una persona que está O HA ESTADO CASADA y los consanguíneos de su marido o mujer. Como consecuencia de este particular, existe el impedimento matrimonial, entre un hombre y una mujer unidos por vínculo de parentesco afín de primer grado; pues únicamente cuando haya terminado el matrimonio que dio lugar a tal vínculo, se podría pensar en la posibilidad de un nuevo matrimonio; caso contrario estaríamos frente al impedimento matrimonial consistente en la existencia de un vínculo conyugal no disuelto.

En lo referente al parentesco extramatrimonial, el Código Civil Ecuatoriano, no considera como su fuente, al conocimiento carnal de un hombre y una mujer sin estar casados entre sí, sino el hecho de que, sin matrimonio, tengan un hijo común; en cuyo caso, se constituyen en parientes afines, el hombre y los consanguíneos de la mujer; y ésta, a su

vez, se convierte en pariente afín de los consanguíneos del padre de su hijo. Lógicamente que esta clase de parentesco llegará a darse, únicamente, cuando exista legalmente reconocida la relación de paternidad y maternidad.

Si bien, como podemos darnos cuenta, en esta materia, el Código Civil Ecuatoriano, está mejor concebido que su similar chileno, ello no significa que no sea necesario reformar nuestro Código; algunos de los argumentos que justifican la reforma, son los siguientes:

El parentesco no tiene trascendencia únicamente en el Derecho de Familia; por ser un aspecto tan importante en la vida de las persona naturales, en múltiples actuaciones del quehacer diario, el parentesco juega un papel decisivo en nuestra existencia.

Dentro del campo práctico, resaltemos únicamente dos circunstancias:

- 1) Si Juan y María han procreado un hijo en relaciones sexuales extramatrimoniales, entre ellos no se establece ningún vínculo parental; sin embargo, entre María y el hermano de Juan, existiría el segundo grado de afinidad colateral; y,
- 2) Uno de los aspectos en donde tiene importancia el parentesco, es en el nepotismo. Siguiendo con el mismo ejemplo de Juan y María que han procreado un hijo sin matrimonio, no habría ningún inconveniente para que los dos, laboren en un mismo juzgado, el uno como Juez y la otra como Secretaria; sin embargo, si es la hermana de María la que se ha estado desempeñando como Secretaria del Juzgado, al nacer el hijo de Juan y María, la hermana de ésta pasaría a ser hermana política; es decir cuñada de Juan, existiendo por lo tanto nepotismo y por consiguiente la imposibilidad de que los dos se mantengan en sus puestos.

En este mismo orden de cosas, uno de los motivos por los cuales un juez debe excusarse del conocimiento de una causa, se produce cuando tiene interés directo en ella, un pariente del juez. Si la madre de la mujer con la cual el juez ha procreado un hijo, es la interesada en la causa, el

juez deberá excusarse de conocerla, porque se trata de su suegra; pero si la interesada es la propia mujer con la cual ha procreado sin matrimonio, no existiría causa de excusa, por no haber vínculo parental.

Hay quienes opinan que los problemas relacionados, estarían superados por cuanto el concubino y la concubina tendrían la misma relación que los cónyuges; en consecuencia, todas las limitaciones que se dan respecto de éstos, se aplican también a los concubinos, lo cual no es exactamente así, ni puede serlo. En el evento que así fuera, no podemos aplicar a la materia de este análisis esta analogía entre concubinos y cónyuges, por cuanto nuestro Código Civil, no exige la existencia de concubinato para que sea el parentesco afín; solamente se requiere la procreación común.

**LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN DE
HANS KELSEN**

Juan Morales Ordóñez

INTRODUCCIÓN

El problema de la interpretación del derecho ocupa un lugar importante en el pensamiento de Kelsen. Para tratar esta cuestión debemos previamente referirnos en general a la concepción kelsiana del fenómeno jurídico.

En su obra principal "Teoría Pura del Derecho", Kelsen enuncia las proposiciones que él pretende defender. El autor austríaco quiere eliminar toda confusión posible entre la ciencia del derecho que tiene que ver con el conocimiento, y, la creación y la aplicación del derecho; que tienen que ver con la acción, con la voluntad.

Kelsen se propone construir una teoría del positivismo jurídico sin vestigios metafísicos, alejada de referencias "trascendentes" por las cuales el derecho ha buscado legitimarse a lo largo de su existencia, como por ejemplo Dios, la naturaleza, la justicia, la opinión pública. La intención de nuestro autor es de llegar a demostrar la "autofundación" del derecho, es decir a una fundación inmanente del fenómeno derecho.

Este tema fue escogido como materia de investigación con miras a su publicación en este primer número de esta Revista Jurídica, debido a la gran influencia que las concepciones del maestro austríaco han tenido sobre la teoría del derecho del siglo XX y además a causa de su posición de denuncia de la ideología como instrumento que sirve para convalidar "éticamente" el derecho.

Posteriormente veremos que pese a la declaración de positivismo total, la teoría pura del derecho, no se aleja de la ideología, y lo que es aun más importante, el pensamiento kelseniano es susceptible de ser utilizado por toda clase de gobiernos en apoyo de sus políticas.

La tarea de la ciencia del derecho es de describir su objeto. La ciencia del derecho debe limitarse al derecho que "es". Pero allí en donde

Kelsen piensa describir al derecho como él es, él realiza en realidad una reconstrucción, que en función de sus propias premisas teóricas se podría calificar de desnaturalización de la realidad jurídica. En el pensamiento de Kelsen, la primacía constructivista sobre el cuidado o intención de descripción no deja lugar a dudas. Su teoría "antimetafísica" subestima los valores y los intereses realmente en juego en el fenómeno jurídico. La concepción del orden jurídico como una pirámide en la cumbre de la cual se encuentra una norma fundamental que, según Kelsen, debe suponerse, "es una petición de principio" (¹), que desnaturaliza toda la aproximación positivista de la teoría pura del derecho.

El hecho de preguntarse el porqué de la obediencia al derecho, es un problema que depasa una aproximación científica y que es más bien un tema de la moral jurídica.

Pese a las declaraciones en el sentido de una separación total de los juristas positivistas frente a las teorías iusnaturalistas, podemos constatar que en realidad los autores del positivismo jurídico son, en cierto sentido, los herederos e incluso los continuadores de la metafísica iusnaturalista. La posición de los positivistas no es clara puesto que la noción misma del "derecho positivo" es incierta y sujeta a controversias interminables. Algunas veces, el derecho positivo es asimilado al derecho efectivo (la concepción de efectividad presenta ella misma dificultades considerables para ser precisada), otras veces el derecho positivo es comprendido como el derecho dado. Así los teóricos del derecho utilizan la expresión "derecho positivo" para designar un fenómeno que ellos no alcanzan a definir exactamente.

Para Kelsen el derecho positivo está constituido por las normas elaboradas según el proceso establecido y que tienen una efectividad práctica. En este aspecto de su doctrina encontramos que la separación neta entre el SEIN (ser) y el SOLLEN (deber ser), defendida por el autor austríaco como condición epistemológica necesaria para cualquier desarrollo correcto del conocimiento de lo jurídico, no es clara. Pese a todas las afirmaciones del normativismo que preconiza el tratamiento de lo jurídico a partir del principio de imputación —propio de las ciencias sociales—, la exigencia de efectividad de las normas a fin de que sean consideradas como de derecho positivo, sobrepasa el dominio o campo del SOLLEN para buscar su convalidación en el campo del SEIN.

La concepción que Kelsen se hace del derecho en general radica en el criterio de que este es un "orden de violencia".

Sobre este punto, algunos teóricos del derecho de los países occidentales intentan demostrar que el derecho ha sido establecido para el bienestar y la felicidad de los individuos y que éste funciona generalmente tomando en consideración los intereses de todos. Contrariamente a esta posición, la doctrina marxista pretende que el derecho representa siempre los intereses de la clase que detiene el poder.

Kelsen es muy claro en este sentido, cuando afirma que el derecho en cuanto a su objetivo es un método específico que permite llevar a los hombres a conducirse de una manera determinada. El derecho visto de una forma puramente positivista no es sino una técnica social de violencia. En efecto, el derecho no es un objetivo en sí mismo. Tendremos la ocasión de volver a lo largo de este trabajo sobre este punto que está a la base de nuestras propias ideas sobre el derecho.

Continuando con esta breve exposición de las ideas kelsenianas, conviene señalar la importancia del camino del autor de Viena, desde el punto de vista del tratamiento "científico" del derecho. Kelsen hace de la separación entre ciencias de la naturaleza y ciencias sociales, un aspecto determinante de su doctrina. Las ciencias naturales son dominadas por el principio de causalidad que no tiene punto final. Las ciencias sociales -el derecho- están determinadas por el principio de imputación. La imputación une dos comportamientos humanos: el acto ilícito y la sanción. Este principio (de imputación) establece un "deber ser". Si A es, B debe ser. Pero, este "deber ser" no tiene un carácter moral, sino más bien una significación lógica. Para una ciencia normativa, la sociedad es un orden normativo constituido por un conjunto de normas, que toman su validez del hecho de la existencia de una norma fundamental que debe ser supuesta para poder justificar la existencia del derecho.

La teoría de la norma fundamental de Kelsen escapa al puro positivismo"⁽²⁾. Por otro lado, Kelsen, reconoce los límites del positivismo jurídico en ese sentido. Para el señor Rigaux: "la teoría de la norma fundamental de Kelsen es una expresión lógica y secularizada del gesto arcaico: hay al origen un poder del cual todo el orden jurídico toma

su fuerza obligatoria". (3) Compartimos la opinión del autor belga pues consideramos que la necesidad humana de querer explicar el funcionamiento de la sociedad ha llevado generalmente a los hombres a "trascender" la realidad para intentar encontrar un fundamento o un sostén en conceptos que escapan a la racionalidad. Pensamos que este fenómeno se presenta no solamente en ciencias sociales, sino que es la regla general en todas las ciencias. La humanidad ha construido su cultura, ha desarrollado la civilización partiendo siempre de bases más o menos verificables. Si quisiéramos agotar los recursos racionales para llegar a la comprensión de los fenómenos, estaríamos probablemente siempre destinados al fracaso, siendo obligados —para no perdernos- a actuar "como si" fuera así o de otra manera... poco importa!

Las influencias filosóficas son importantes en el pensamiento de Kelsen. Entre los filósofos que están a la base de los desarrollos teóricos kelsenianos encontramos a Hans Vahinger para quien la realidad es inconocible. El conocimiento, para este autor, no es sino una cadena de ficciones que cambian sin cesar según las necesidades de la vida. El fin del conocimiento, siempre según Vahinger, es la utilidad para la vida de un mejor desarrollo biológico y no la "verdad".

Esta concepción muestra una angustia producida quizás por nuestros propios límites de comprensión y como corolario una ironía burlona en cuanto a la importancia del conocimiento.

Otro filósofo, Ernest Mach, que ha influenciado en el pensamiento de Kelsen, representa el criticismo empírico alemán. Mach rechaza a priori todos los elementos del conocimiento y reduce toda la realidad a las sensaciones. En la teoría del conocimiento, somos obligados a contentarnos del realismo ingenuo sin pretender otra cosa que la explicación práctica de nuestro saber.

Kelsen, probablemente influenciado por varias corrientes filosóficas cuando concibe su teoría pura del derecho, se da cuenta que su obra es una construcción que tiene un mérito por la lógica de su sistema, pero que desde el punto de vista de la explicación del fenómeno jurídico, no tiene verdadero valor. El señor Sala-Moulins sugiere que el maestro austríaco tenía una clara visión del fenómeno-derecho y de los múltiples e irresolubles problemas presentes en su esencia, y que la teoría pura del

derecho no es sino un refinamiento de un "no-sentido" que es la regla general en los hombres. (4)

Siguiendo la lógica del sistema kelseniano, es un "no sentido" hablar de fuentes del derecho. Kelsen reemplaza esta expresión por la de "métodos de creación del derecho". Esta reducción de la teoría de las fuentes del derecho en una teoría de procedimientos para la creación jurídica, muestra claramente el lazo existente entre la teoría pura del derecho y el formalismo.

Kelsen extiende la noción de métodos de creación del derecho a las normas aplicadas individualmente. La jurisdicción es constitutiva del derecho. Específicamente, la jurisdicción no es solamente un método de creación del derecho, sino que es también la condición necesaria para la existencia de un orden jurídico. Existe una relación estrecha entre la noción del poder jurídico y la de creación jurídica: se tiene la posibilidad de crear derecho en la medida en la que se tiene el poder o la fuerza de hacerlo. La creación de las normas jurídicas es el efecto del ejercicio del poder.

Para Kelsen, toda norma debe ser interpretada en la medida en que se la aplica. Para nuestro autor, la interpretación judicial es un aspecto de la política jurídica.

Esta introducción ha tenido como fin abordar algunos aspectos, los más importantes, de la teoría del derecho de Kelsen.

El estudio del derecho concebido como una realidad aparte, es para nosotros, una posición incorrecta. El teórico del derecho austríaco se propone precisamente tratar solamente el derecho positivo purificándolo de todos los elementos que lo tocan de una u otra manera.

Nuestra opinión se adhiere a la de algunos teóricos contemporáneos, en el sentido de sostener que para un análisis correcto del fenómeno derecho es necesario utilizar todas las ciencias que tienen relación con este campo del conocimiento. Cada una de las disciplinas aportará su contribución propia, necesaria para un estudio correcto de lo jurídico. Es preciso, ciertamente, preservar la esencia de cada una de esas ciencias. Participamos de los criterios que han determinado la dirección

de la investigación adoptada por los autores que defienden la interdisciplinariedad como vía de análisis de lo jurídico.

NOTAS

- (1) P. Amselek, "Reflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique", en, *Revue du droit public et de la science*, 1978, p. 10.
- (2) Kelsen, "Theorie pure du droit", Edition de la *Baconniere*, 1953, p. 61.
- (3) Rigaux F., "Introduction a la science du droit", *EVO*, 1974, p. 351.
- (4) Sala-Moulins L., "La loi, de quel ohoit?", *Flammarion*. 1977, p. 161 y siguientes.

CAPÍTULO I EL IDEAL DE UNA CIENCIA JURÍDICA PURA

"La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo. Teoría, ésta quiere única y exclusivamente conocer su objeto. Pretende responder a la cuestión" ¿Qué y cuál es el derecho? No se pregunta cómo debe ser hecho el derecho. Es ciencia del derecho y no política jurídica".

Esta frase que transcribimos textualmente se encuentra al inicio de un artículo muy importante de Kelsen sobre el problema del método de la teoría pura del derecho⁽¹⁾. Las intenciones de nuestro autor son claras. Se trata de elaborar una teoría que tenga como único objeto de conocimiento al derecho positivo. La principal preocupación de Kelsen es de considerar al derecho como un objeto-sujeto aislado de los otros campos que tocan de diversas formas al fenómeno jurídico. El método kelseniano se opone al método utilizado por la ciencia jurídica tradicional que hacía depender el derecho positivo de los valores. Además, para el teórico austríaco, la estrecha relación del derecho con los otros campos de las ciencias sociales e inclusive de las ciencias naturales, no debe ser considerada si se quiere tratar de una manera adecuada el problema del derecho.

Esta posición radical de la teoría del conocimiento de lo jurídico no es aceptada hoy en día. Este rechazo se debe probablemente en parte a

la crítica que la obra de Kelsen realizó sobre este punto. Contrariamente a lo que afirma Kelsen, una apreciación correcta del derecho exige actualmente la colaboración estrecha de todas las disciplinas que tienen que ver con el derecho.

En el pensamiento de nuestro autor el papel de la norma es determinante. Es la norma jurídica la que confiere la significación de jurídico a un acontecimiento cualquiera. La norma misma es creada por un acto jurídico que recibe a su vez su significación de otra norma. Así, con Kelsen debemos reconocer que el derecho es un conjunto de normas y la ciencia del derecho debe trabajar sobre el conocimiento de estas normas. La Ley es concebida como un juzgamiento hipotético que expresa la conexión de un hecho-condición y de una consecuencia. La imputación es el lazo entre la condición de derecho y la consecuencia de derecho. En las leyes naturales, el lazo es la causalidad. La teoría pura del derecho ve la legalidad propia al derecho en la imputación. "(...) el conocimiento, en lo sucesivo soberano, produce íntegramente su objeto (...). Kelsen, endureciendo el apriorismo kantiano, relativiza todo lo que puede el precepto jurídico concreto en provecho de las categorías formales que permiten tomar al derecho por "así decirlo desde afuera".⁽²⁾

La norma se presenta como la categoría a-priori y formal de la cual la ciencia del derecho dispone para explicar "desde el punto de vista del derecho" la materia jurídica.

"El principio de imputación es para las ciencias normativas lo que el principio de causalidad es para las ciencias naturales: un principio gnoseológico que permite comprender lo real".⁽³⁾

En la lógica de la teoría pura del derecho es importante diferenciar claramente el objeto de la sociología del derecho del objeto de la teoría del derecho. El objeto de la sociología del derecho está constituido de hechos que pertenecen a la realidad natural. El objetivo de esta ciencia es la explicación causal de los fenómenos naturales (los actos humanos que tienen una relación con el derecho). La sociología jurídica no se ocupa de las normas jurídicas en cuanto tales.

La ciencia del derecho concierne al campo de la moral. Es preciso reconocer la especificidad del derecho frente a la moral. Tradicionalmente el derecho aparece como una parte de la moral y por este hecho, participa también el carácter absoluto de esta. Pero el término "derecho" concebido positivamente no puede ser considerado como una categoría moral. La justicia es un orden distinto del derecho, inaccesible al conocimiento puro. Sólo el derecho positivo puede ser tratado racionalmente. La ciencia tradicional del derecho encuentra su fundamento en una referencia a los valores, que, como lo hemos visto, no pueden ser tratados racionalmente. En cambio, la teoría pura del derecho quiere exponer el derecho tal cual es. Kelsen afirma que su teoría rechaza el servir intereses políticos sean estos cuales fueren, dándoles las ideologías necesarias para justificar o descalificar el orden social. La ideología, según Kelsen, tiene sus raíces en la voluntad y no en el conocimiento. Son otros intereses que la verdad los que crean y hacen caminar a una ideología.

Pese a las declaraciones y a las acciones del autor vienés, encontramos al interior de su teoría elementos ideológicos, Con la representación dogmática que es la de Kelsen, se refuerza la creencia en la validez de las leyes y en el orden. Además, la crítica práctica que se hace a Kelsen sobre este punto de su doctrina consiste en interrogarse sobre la utilización que se dará a una teoría como la suya que separa al derecho de todo contacto con otros factores, que en la realidad, actúan profundamente sobre el derecho. Kelsen se dio cuenta perfectamente que la referencia a Dios es uno de los rasgos más arcaicos del pensamiento jurídico. ⁽⁴⁾ Con su teoría pura del derecho, este autor pretende la objetividad, pero no puede lograrlo verdaderamente. En lugar de considerar la norma fundamental como una hipótesis, es mejor considerarla como "el prejuicio fundador". ⁽⁵⁾ La pureza de la ciencia jurídica buscada por Kelsen no ha sido alcanzada. En todo caso, la pretensión del autor de haberla alcanzado, no se puede sostener. El ideal en su teoría se sitúa en la cuestión planteada y también en su respuesta. ¿Por qué el derecho debe ser obedecido? Descartando las legitimaciones corrientes: Dios, la naturaleza, etc. Kelsen quiere fundar la validez jurídica de manera exclusivamente inmanente. Pero la fundación kelseniana (la norma fundamental) racionaliza el efecto mágico de la validación.

Para el señor Amselek el problema del fundamento de la validez del derecho no pertenece al positivismo jurídico. Sobre este punto nuestra opinión se reúne con la del autor citado, pero debemos precisar que pensamos que una tentativa de explicación del fundamento del derecho está por anticipado destinada al fracaso. Todas las tentativas realizadas por los autores más importantes, han dejado siempre un vacío de comprensión. Sostenemos que la tarea esencial hoy, no es la de querer explicar "científicamente" lo que es inexplicable, sino más bien de trabajar con este conjunto de normas que tenemos con el fin de hacerlas menos dogmáticas y más "francas" para los individuos que les son subordinados.

Kelsen sostiene que el papel de la ciencia no es el de explicar el origen de su objeto, pero, él mismo, finalmente intenta hacerlo con su teoría de la norma fundamental. La opinión manifestada anteriormente tiene mucho que ver con la de Kelsen. Muchos autores contemporáneos no están de acuerdo con esta posición. El señor Mialle sostiene que el rechazo de una explicación lleva en sí la autoreproducción del derecho, más o menos idealizado, con las relaciones sociales dominantes. Amselek piensa que toda ciencia debe ser explicativa. Para los belgas Ost y Lenoble, el papel de la ciencia jurídica no es de interpretar el derecho sino de dar cuenta de su objeto desde el exterior en ausencia de toda consideración dogmática.

Cuando Kelsen denuncia el hecho que la teoría tradicional del derecho se encuentra afectada por una confusión fundamental entre el orden del ser y el orden del deber ser, se propone trabajar solamente con el SOLLEN. Pero, pese a sus intenciones explícitas, en el desarrollo de su doctrina, el autor austríaco se ve obligado a trabajar con conceptos pertenecientes a los órdenes que él considera inicialmente como no compatibles. En su definición del derecho positivo, nos percatamos de lo dicho anteriormente. El derecho positivo es aquel que emana del poder competente y que es efectivo. La efectividad es dominio del ser, del SEIN.

"El error de Kelsen consiste en relativizar el contenido ético-político e hipostasiar el sobre formal de las reglas". (6). Lejos de ser neutral, como lo pretende Kelsen, toda técnica jurídica se modela sobre el proyecto político al servicio del cual ella está colocada. Weber

ha demostrado el carácter "no-neutro" de los elementos formales del orden jurídico. Quizás la dificultad mayor de la ciencia del derecho reside en el hecho que ningún fenómeno jurídico se observa al estado puro.

La pretensión kelseniana de no tomar sino aquello que es derecho no es válida científicamente hoy en día. El método científico no puede ser "neutro" axiológicamente hablando. K. Popper piensa que Una teoría es verdadera si y solamente si ella corresponde a los hechos (7). En el caso de la teoría pura del derecho, hemos visto que ella es más constructivista que descriptiva. La realidad jurídica comparada al formalismo kelseniano está lejos de ser la misma. Hart sostiene que "toda tentativa de dilucidar el concepto de derecho en términos de reglas, es necesariamente errónea." (8)

Para cerrar este capítulo diremos que reconociendo el enorme esfuerzo realizado por Kelsen para lograr un tratamiento más "científico" del derecho, es necesario de todas maneras señalar que toda su teoría del derecho está fundada en suposiciones que alteran el carácter científico de su método. Pensamos, especialmente, que su concepto de norma y el de imputación son brillantes colaboraciones a la teoría general del derecho. La especificidad del derecho, se encuentra en gran medida, en esos conceptos formulados por Kelsen.

El ideal de una ciencia jurídica positiva ha servido al autor vienes como motivación principal en sus investigaciones sobre el derecho. Pero este ideal no ha superado su condición misma de existencia intelectual. La realidad jurídica es mucho más compleja que el formalismo desarrollado por Kelsen para captarla. La conclusión a la que llegamos es contraria a las intenciones declaradas por Kelsen. En lugar de encontrar un tratamiento no dogmático, científico del problema del derecho, hemos descubierto una teoría basada esencialmente en suposiciones, incapaz de captar correctamente su sujeto.

NOTAS

- (1) Kelsen, "El método y la noción fundamental de la teoría pura del derecho", en *Revista de metafísica y moral*, p. 1.

- (2) **Lenoble J. y Ost F.**, "Droit, mythe et raison", Publications des Facultes Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1980, p. 489.
- (3) **Idem**, p. 491.
- (4) **Ost F. y van de Kerchove M.**, "La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen", en "Qu'est-ce que Dieu?", en, Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1985, p. 285 y siguientes.
- (5) **Ost F. y van de Kerchove M.**, o. cita. p. 536-
- (6) **Rigaux F.**, "Introduction a la science du droit", EVO, Bruxelles, 1974, p. 137.
- (7) **Popper K.**, "La logique de la découverte scientifique", Payot. 1984, p. 41 y siguientes.
- (8) **Hart H.L.A.**, "Le concept du droit", Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 153.

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA Y LA INTERPRETACIÓN NO AUTÉNTICA

La interpretación "es un camino del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho con motivo del paso de una norma superior a una norma inferior". ⁽¹⁾ Kelsen asume una posición clara sobre el problema de la interpretación: todas las normas deben ser interpretadas con motivo de su aplicación.

En la concepción kelseniana del derecho, es necesario tomar en consideración la jerarquización del orden jurídico. El derecho regula él mismo su propia creación. La norma fundamental da la validez a todo el sistema jurídico que constituye una estructura jerárquica en la cual las normas están colocadas por capas superpuestas.

En el movimiento dinámico que es propio al sistema de derecho, los diversos actos jurídicos aplican al mismo tiempo una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Si una norma de un grado superior determina el contenido de la norma inferior, esta determinación no es nunca total. Aspectos no previsibles al momento de la creación de la ley se presentan siempre al margen, al momento de la

solución de un conflicto concreto. Kelsen manifiesta que la ley es una norma general y que para aplicarla es necesario un acto suplementario: el del juez al momento del proceso. El derecho es completo en lo que concierne a las normas generales e incompleto en lo que se refiere a los actos y las normas individuales.

La teoría pura del derecho se pronuncia en contra de las concepciones tradicionales de la interpretación. No hay textos que sean suficientemente claros en sí mismos como para no exigir al momento de su aplicación una interpretación por parte de la persona que analiza una situación de derecho.

Encontramos en esta concepción algunos aspectos que merecen reflexión. Si reconocemos que diversos elementos impiden hablar de un sentido evidente de las palabras (como el contexto del lenguaje, social y jurídico) constatamos de todas maneras que existen normas en ciertos campos que son evidentes por sí mismas y que no necesitan de una interpretación. Por supuesto, esta evidencia se presenta en un marco social determinado por influencias múltiples y al cual los individuos se sienten ligados. El proceso de aplicación del derecho, en este caso, es perfectamente claro porque una norma tiene el mismo sentido para todos.

Kelsen afirma que el derecho que se tiene que aplicar es un marco al interior del cual varias posibilidades de aplicación se presentan ⁽²⁾. Podemos hacer algunos comentarios a este respecto.

Para nuestro autor, pertenecen a un mismo grupo las normas dudosas y las normas que tienen siempre necesidad de otra norma para ser aplicadas. En los dos casos, Kelsen supone una delegación tácita al juez del poder de determinar el contenido de las normas. Esta facultad pertenece al juez según la lógica misma del derecho positivo.

La posición adoptada por Kelsen es clara y nosotros estamos de acuerdo con este punto de vista. En los sistemas jurídicos basados en el que se dio en la Francia de la Revolución de 1789, el juez está obligado por la ley a resolver todos los conflictos que le son presentados. Incluso si un problema tiene dificultades para ser clasificado legalmente, el juez debe encontrar una solución remitiéndose siempre al sistema jurídico en el cual evoluciona.

Antes de continuar con el examen del pensamiento kelseniano sobre este tema, nos detendremos sobre el problema planteado por Kelsen cuando él sostiene la igualdad de aquellas interpretaciones que toman una de las significaciones lingüísticas posibles, con aquellas que intentan encontrar la voluntad del legislador.

En un sistema jurídico como el sistema occidental actual, los individuos reivindican frente a éste, esencialmente dos aspectos fundamentales: primero una cierta libertad de acción, protegida por la ley evidentemente; y, enseguida, una certeza de continuidad relativa a los criterios que determinan la aplicación de las leyes.

No se puede aceptar en el estado actual de cosas, que una vez el juez dé la preferencia de un sentido lingüístico cualquiera de la ley, y que otra vez dé una interpretación basada en la búsqueda de la voluntad del legislador. Si en la práctica, los jueces siguen la teoría de nuestro autor, se producen leyes antinómicas siempre, afectando así la unidad del orden del derecho y haciendo perder a la población la confianza que ella busca en un sistema jurídico. "Así, la antinomia entre las normas individuales recibe derecho de ciudadanía en la práctica judicial"⁽³⁾.

Incluso al nivel del sistema kelseniano las consecuencias de su teoría sobre este aspecto, son graves. El orden jerárquico: norma superior-norma inferior, etc. no puede ser sostenido porque la voluntad del juez inferior puede muy bien oponerse y destruir en un caso particular la voluntad de su superior. En la práctica, el papel de la Corte de Casación, tradicionalmente destinada a "romper" las decisiones judiciales que, fundándose sobre falsas interpretaciones violan la ley, no tendría más aplicación. La Corte de Casación no podrá pronunciarse prefiriendo una decisión a otra, tomando en cuenta que las dos son válidas y tienen un mismo valor para la teoría pura del derecho.

La libertad que la teoría kelseniana concede a los jueces no es utilizada en la práctica.

Compartimos en general el pensamiento de Kelsen, en el sentido que la interpretación está presente siempre que se trata de aplicación del derecho. Entonces, todo el mundo interpreta: los individuos y las

autoridades que deciden. Cuando una autoridad llamada por el sistema a decidir sobre un caso particular interpreta las leyes para aplicarlas, nos encontramos frente a una "interpretación auténtica" (4). Pero, si un individuo o la ciencia jurídica interpretan las leyes, se trata en este caso de una interpretación no-auténtica. Si es la ciencia jurídica que interpreta, Kelsen habla de interpretación científica.

La interpretación judicial y aquella de las otras autoridades es llamada auténtica porque ella crea derecho. Las personas que deciden unen a una evidente operación de conocimiento de las leyes y de los hechos, un acto de voluntad que escoge entre las diversas posibilidades que presenta la ley en cuestión (5). El hecho de escoger una de las interpretaciones en detrimento de otras igualmente válidas científicamente, tiene de política y no de ciencia. La ideología de cada sistema jurídico tiene necesidades de interpretaciones de las leyes que vayan en el sentido de la doctrina que ella defiende. No se pueden separar los objetivos perseguidos por un sistema de la práctica jurisdiccional.

El presente trabajo se funda en esta opinión de la alianza profunda entre el ideal y lo jurídico. En los sistemas de derecho "francés" existen tres dogmas a la base de toda la construcción teórica que condicionan la interpretación del derecho: el dogma de la separación de los poderes, el dogma de la soberanía popular y el dogma de la legalidad.

La interpretación auténtica es creadora de derecho para Kelsen. "Por la interpretación auténtica, puede ser creado el derecho, no solamente en el caso en el cual la interpretación tiene un carácter general, es decir cuando hay interpretación auténtica en el sentido habitual del término; sino igualmente en el caso en el cual un órgano de aplicación del derecho crea una norma individual, desde el momento que el acto de este órgano no puede ser anulado, desde el momento que él ha adquirido fuerza de derecho y por ejemplo fuerza de cosa juzgada".

Es un hecho bien conocido que, por la vía de una interpretación auténtica, se ha creado mucho derecho nuevo, en particular por las Cortes Supremas que estatuyen en última instancia". (6)

Esta posición va en contra de la concepción tradicional de la interpretación, que pretendía que una interpretación unívoca de las leyes

era posible. Según su criterio los jueces al momento de la resolución de un litigio, debían buscar esta interpretación y su acción no podía crear derecho. La teoría tradicional de las fuentes del derecho, determina de esta forma de una manera ficticia un comportamiento judicial que en la práctica no podía acordarse con la teoría. Kelsen sobre este punto, rechaza el dogma para tomar teóricamente lo que sucede en la realidad. A causa de múltiples factores, las autoridades que aplican el derecho son obligadas de interpretarlo previamente, y desde este punto de vista, este tipo de interpretación es creador del derecho.

La interpretación científica es aquella que es practicada por los juristas-teóricos del derecho que tratan una ley desde un punto de vista externo. "Ella consiste en determinar, por una operación puramente intelectual, el sentido de las normas jurídicas" (7). En este tipo de interpretación la aplicación práctica de una ley a un caso concreto no se plantea. Por consiguiente, los factores políticos e ideológicos actúan diferentemente sobre estos intérpretes. Queremos decir que los que hacen la doctrina del derecho no están obligados de tomar posición para escoger una interpretación y aplicarla. Al contrario, el punto de vista científico muestra la variedad de significaciones y de interpretaciones probables de una ley. Es preciso igualmente señalar que la pretendida imparcialidad científica no es sostenible después de un análisis de lo que sucede en la práctica. Los individuos son condicionados por la cultura en la cual viven. Los valores, los criterios y los ideales de esta sociedad condicionan así de una manera determinante el acercamiento que el "científico" realiza de un problema cualquiera.

La política y la ideología de un sistema social influyen y determinan pues de cierta manera el camino científico.

La interpretación científica es muy útil. Cuando se trata de dictar normas, es importante que ellas sean redactadas de una manera correcta. La doctrina, estudiando profundamente las diferentes interpretaciones posibles de las leyes, permite encontrar entre estas, un texto que sea el más concreto posible. Este resultado favorecerá evidentemente a los individuos que tienen una relación con las leyes y a los jueces que deben resolver estos conflictos. Una seguridad más grande y una estabilidad más segura resultarán de la utilización de la interpretación científica.

NOTAS

1. Kelsen, "Théorie pure du droit", La Baconniere, 1953, p. 136.
2. Kelsen, idem, p. 137.
3. Miedzianagora J., "Philosophies positivistes du droit et droit positif", L.G.D.J., 1970, p. 80.
4. Kelsen, "Théorie pure du droit", trad. Eisenman, París, Dalloz, 1962, p. 453 y siguientes.
5. Kelsen, ídem, p. 460.
6. Kelsen, ibid. p. 461.
7. Kelsen, ibid. p. 463

CAPÍTULO III

LA INDETERMINACIÓN RELATIVA DEL ACTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO Y LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Kelsen sostiene que las leyes llevan en sí, sin excepción un margen de indeterminación que debe ser resuelto por el juez al momento de su aplicación. Las normas que son determinadas son totalmente excepcionales. "El margen de indeterminación no es quizás ineluctable y siempre presente, contrariamente a lo que afirma Kelsen. La regla de la mayoría de edad nos parece estrictamente determinada".⁽¹⁾

Si consideramos el pensamiento de Kelsen sobre este tema, encontramos que este autor hace una diferencia entre la indeterminación voluntaria o intencional de una ley y la indeterminación involuntaria. Estamos confrontados a las indeterminaciones involuntarias cuando circunstancias nuevas aparecen al momento de la aplicación de la ley. Portalis demostró ya en su época que el legislador no podía "prever todo", y que su oficio era solamente de "fijar a grandes rasgos, las máximas generales del derecho" y "establecer principios fecundos en consecuencias".

Hemos dicho ya que el derecho es un conjunto de normas generales que no son suficientes para reglar los conflictos en este estado. Es preciso siempre una legislación suplementaria que debe ser realizada por los órganos que aplican las leyes. La interpretación determina un sentido único para cada caso concreto. La interpretación es una parte integrante del derecho. "La interpretación, en otros términos, no es otra cosa que una legislación complementaria". (2)

Normalmente el legislador no puede -como por otro lado ninguna persona— prever el futuro o simplemente fijar concretamente a través de conceptos una realidad social muy compleja. Debe esforzarse más bien por formular leyes que sean lo más generales posibles para que la mayor parte de los problemas en ese campo concreto, puedan ser englobados por esta ley. Entonces, la tarea del juez se dibuja precisamente como complementaria a la comenzada por el legislador. La intervención del juez es igualmente interpretativa de las leyes, por el hecho del lenguaje mismo. Según los análisis lingüísticos, sabemos que cada palabra no es clara en sí misma, pues diversas acepciones pueden ser admitidas según las circunstancias en las cuales debemos analizar cada palabra, cada frase. El lógico español Capella nos dice que toda palabra ordinariamente precisa en un contexto habitual puede presentarse como una palabra vaga en un contexto diferente y para resolver esta incertidumbre "consustancial" al lenguaje, es necesario siempre una decisión más o menos arbitraria ("nada puede impedir que una palabra ordinariamente precisa (precisa en un contexto habitual), llegue a presentarse con vaguedad, y que esta vaguedad sea irreductible sin una decisión más o menos arbitraria"). (3)

En el mismo sentido, la afirmación del señor Capella es defendida por el pensamiento del señor Legendre cuando él dice: "es preciso comprender que el texto se presenta en conjunto formal y que el mismo no dice nada, material bruto nada más". (4)

La indeterminación de las leyes es en general un hecho que hay que tomar en consideración para comprender bien el sistema jurídico. La teoría tradicional sostenía extrañamente un criterio diferente, en el sentido de que la ley se satisfacía a sí misma para resolver los casos que le eran sometidos. El hecho de querer explicar una realidad social -en nuestro caso, el funcionamiento del derecho- exige una franqueza grande

y una total sinceridad frente a los problemas analizados. No se puede justificar científicamente la posición tradicional a causa de la ruptura evidente que se presenta entre la realidad y la teoría. La realidad nos muestra la acción del juez en la aplicación del derecho, con su connotación creadora; pero la teoría tradicional, basándose en principios dogmáticos inverificables o más bien contradichos por la práctica, quiere sostener un ideal que no tiene relaciones con la experiencia.

Frente a estas contradicciones evidentes, los individuos que trabajan con las leyes, pierden el interés de buscar el verdadero funcionamiento del sistema jurídico y aceptan todo un edificio teórico sin cuestionarlo. Esta actitud sirve para perennizar en el poder y en la conducción de la cosa pública a los grupos sociales que allí se encuentran. Lo que se hace indispensable es desenmascarar las "verdades" aceptadas demasiado ligeramente, y al mismo tiempo emprender firmemente un camino o una vía epistemológica que tome a la realidad concreta como punto de referencia para las elaboraciones teóricas necesarias a fin de comprender correctamente el problema.

El señor Perrin, expone claramente este criterio: "Existe pues un hiatus entre el principio de nuestro sistema y las necesidades contingentes de su funcionamiento. Un estudio "realista" del acto interpretativo en nuestro sistema político debería llegar a esa verificación. Esta constatación es suficiente si nuestra tarea consiste en dar cuenta de lo que es". (5)

Cuando se trata de indeterminaciones queridas por el legislador, la actividad de los jueces evoluciona siguiendo los mismos parámetros que en los casos de una indeterminación involuntaria. En ciertos casos, el legislador utiliza deliberadamente nociones o términos que dejan naturalmente la posibilidad de ser interpretados según las circunstancias. Pensamos que en esos casos, la intervención jurisdiccional se ha pensado con anticipación por el legislador. El reconocimiento de la responsabilidad del juez en tanto que creador de leyes es una necesidad práctica que debe ser reconocida por la teoría contemporánea del derecho.

Para resolver la indeterminación de las leyes, la teoría tradicional ha elaborado una teoría de los métodos de la interpretación. El método de

la exégesis reposa en la búsqueda de la voluntad del legislador al momento de la creación de las leyes. Para descubrir esta voluntad este método recurre a los trabajos preparatorios de las leyes. Existe igualmente un método de interpretación denominado "evolucionalista" o sociológico, que sostiene que la ley, una vez salida del órgano que la ha creado, se desprende de la voluntad del legislador y vive su propia vida. Según este criterio, conviene interpretar las leyes según las necesidades sociales de cada época, teniendo en cuenta la utilidad social. Para proceder a la interpretación de las leyes, se debe seguir una serie de métodos: primeramente, se debe comprender el texto de la ley, se debe determinar bien el texto de esta ley. Cuando se procede a una interpretación de una ley, siempre según la doctrina tradicional, se respeta un cierto orden en la utilización de los recursos disponibles. Primeramente, se aclara la significación gramatical del texto. Enseguida, es necesario considerar el contexto y la estructura del conjunto. Se examinará entonces la génesis histórica, y en fin se buscará el objetivo de la ley.

Para Kelsen, no hay un criterio que indique que se debe dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenida en el marco de una norma. Los métodos de interpretación no conducen sino a una solución posible no a una solución que sea la única correcta. Desde este punto de vista, todas las posibilidades tienen un mismo valor para el derecho positivo.

La interpretación se presenta pues para Kelsen como un acto de conocimiento al cual un acto de voluntad se une para realizar un escogitamiento entre las diferentes soluciones concebibles. Si un acto de voluntad interviene, la interpretación es generalmente un acto creador del contenido normativo.

NOTAS

- (1) Perrin J.F. "Pour une théorie de la connaissance juridique", Geneve-Paris, Librairie Droz, p. 155
- (2) Pescatore P., "Introduction a la science du droit", Luxembourg, Centre Universitaire de l'Etat, 1980, p. 336.

- (3) Capella R., "El derecho como lenguaje. Un análisis lógico", Barcelona; 1968 p. 249, citado por van de Kerchove, en, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation Belge", in, "L'interprétation en droit, Bruxelles, Publication des Facultes Universitaires Saint-Louis, 1978, p. 22.
- (4) Legendre P., "L'amour du censeur", Seuil, 1974, p. 86.
- (5) Perrin J.F., "Pour une theorie de la connaissance juridique", Geneve-Paris, Librairie Droz, 1979, p. 159.

CONCLUSIÓN

La introducción y el primer capítulo de este trabajo consagrado al pensamiento de Kelsen, tratan algunos aspectos generales de la "Teoría Pura del Derecho". Para un tratamiento adecuado del problema de la interpretación en Kelsen es necesario conocer toda su concepción del problema jurídico.

A lo largo de la investigación realizada sobre las concepciones kelsenianas, hemos encontrado varios aspectos criticables. Por ejemplo, la concepción de la norma como marco vacío al interior del cual diversas posibilidades son probables, teniendo todas un mismo valor, nos parece incorrecta. La jerarquía de las normas concebida por Kelsen para describir el sistema jurídico no es defendible si una interpretación basada en la voluntad del legislador o aquella fundada en el texto de la ley, pueden ser aplicadas indistintamente. Consecuencia de este último concepto tendríamos la incertidumbre de los individuos sometidos a un sistema de esa naturaleza. La "Teoría Pura del Derecho" en lo que concierne a la interpretación de las leyes defiende una concepción diferente de la elaborada por la teoría tradicional. Kelsen critica y denuncia aspectos negativos defendidos por las doctrinas que afirmaban que una sola y unívoca interpretación debía desprenderse de una norma.

Para nuestro autor, la norma que debe ser interpretada, deja abiertas varias posibilidades, principalmente porque el sentido lingüístico de la norma no es unívoco. Un escogitamiento practicado entre estas posibilidades es un acto de política jurídica y no de ciencia jurídica. Así

al momento de la interpretación, la voluntad del juez se une al acto de conocimiento.

Para Kelsen, esto es muy importante, el acto jurisdiccional es un acto creador de normas. Con esta concepción la teoría tradicional de las fuentes del derecho es abandonada. Nosotros nos adherimos a este aspecto de la posición de Kelsen. La colaboración de la teoría kelseniana al problema de la interpretación del derecho es importante. Hoy en día los trabajos que hacen sobre esta problemática se refieren todavía a los enunciados kelsenianos.

EXPERIENCIA JUDICIAL, REFORMAS

Diana Jerves Núñez
Alumna del Quinto Ciclo

El derecho procesal civil es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominadas proceso civil. Bajo esta premisa el Código de Procedimiento Civil contiene mil setenta artículos que sirven al profesional del derecho para sus argumentos en favor de quien es el actor de la contienda judicial y del demandado que busca sus excepciones dilatorias o perentorias para que el Juez en sentencia las acepte o caso contrario rechace la acción materia principal del fallo.

Pero al llegar al acto jurídico procesal de la sentencia emanada por los agentes de la jurisdicción al decidir sobre los puntos que fueron sometidos a su conocimiento, surgen dos claras situaciones, el que acepta la resolución, y, la parte contraria que la impugna; en el caso de lo segundo, es la apelación, que observada cobra caracteres alarmantes en la Administración de Justicia, siempre y cuando, indudablemente, la cuantía lo permita, allí el comentario de la cuestión.

La parte agraviada tiene el poder de impugnación destinado a promover la revisión del acto y su eventual modificación. Recurso que es el regreso al punto de partida y que tiene que concederse para ante la H. Corte Superior de Justicia de un Distrito Judicial, luego del sorteo correspondiente, a fin de que conozca una de las Salas.

El Código de Procedimiento Civil determina expresamente cuales son los recursos que se han de conceder en el artículo 324, apelación, tercera instancia y de hecho, añadiendo, sin perjuicio que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso.

Existen y se tramita a diario en las judicaturas centenares de causas, cuya cuantía no pasa de cien mil sucres, por decir un ejemplo; y entre ellos, el juicio ejecutivo, el más común, muchos de estos encuéntrase en rémora la tramitación procesal y que una vez sentenciado, las partes, en más de las veces interponen la apelación, luego de lo cual, conoce la Sala de la Corte respectiva y que, como manifesté, el sorteo determina la competencia, surgiendo una vez más la demora

judicial en la resolución sumado consecuentemente la efectivización de lo reclamado. Todo ello, porque la cuantía que se ha fijado en el juicio tiene íntima relación con el recurso a concederse, que decir entonces si esta pasa de cincuenta mil sucres, conforme lo establece el artículo 349 del aludido Código, tiene el recurso de tercera instancia, nada menos y nada más que la Excelentísima Corte Suprema de Justicia conocería y resolverá el caso.

Me pregunto con estos antecedentes, será justo y procedente que en los tiempos contemporáneos tenga que esperarse tanto tiempo para un trámite judicial, por decir el caso, en una demanda ejecutiva..? Indudablemente que no, debe pues el Legislador buscar el mecanismo más idóneo para evitar este engorroso sistema de conceder recursos que nos conduce a un solo objetivo; demorar el cobro de un crédito y la justicia lenta y engorrosa.

La Administración de Justicia, se me enseña, tiene por uno de sus fines, la celeridad procesal, el consiguiente retardo, ya no sería estricta justicia, pues la ejecución de la sentencia toma demasiado tiempo aplicarla. Acaso es justo observar y constatar cómo a diario en las Salas de la Corte en procesos ejecutivos la parte demandada con un solo escrito fulmina las pretensiones del actor en un crédito mandando el proceso de un plumazo y en contadas líneas a la Suprema Corte. No es justo.

Este aspecto, me lleva a reflexionar seriamente como el más alto Tribunal de Justicia del País tiene que volver a revisar desde fojas uno todo lo actuado por el juez y la Sala, hecho insólito a mi manera de ver para tan altos Magistrados que deberá resolver, en los más de los casos, proceso con cuantías que en los momentos actuales no debieran conocer.

En verdad, estoy convencida de que la solución en primera instancia, es el de buscar aumentar la cuantía, para de esta forma, impedir los recursos; dicen los jueces de la materia civil estar de acuerdo con ello, pero, no de la forma en que tradicionalmente se ha venido dando, esto es, señalando el monto de los mismos en forma fija e invariable, sino más bien teniendo como base "el salario mínimo vital de los trabajadores", que en los momentos actuales, tiende a unificarse, entonces, en verdad, allí está la solución, se me ocurre por decir, que el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil debiera decir: No habrá recurso de tercera

instancia cuando la cuantía sea de cien salarios mínimos vitales, de esta forma el demandado sabe que el actor pronto hará efectivo su obligación y no como está sucediendo, interponiéndose terceras instancias con el único fin de alargar la pretensión de la una parte, caso contrario, si excede depositando en el Banco Central, el crédito demandado.

Tomemos el caso del juicio verbal sumario que por cobro de indemnización de daños y perjuicios en materia de tránsito sigue el afectado al sentenciado y condenado a pagar las mismas. Tiene únicamente dos instancias, sea cual fuere la cuantía, se sabe que muy pronto se cobrará el daño causado, de allí entonces, que estadísticamente los juicios de esta materia son ínfimos que llegan a la Corte; por cuanto, sus litigantes saben, que no podrán alargar el cobro del perjuicio causado y se verán compelidos a pagar.

En materia laboral ya se dieron las primeras reformas en lo que hace relación al tema, así, el artículo 590 del Código de Trabajo es claro en manifestar que se concederá tercera instancia cuando la cuantía del juicio determinado por el actor, sea superior a treinta y seis salarios mínimos vitales, de tal forma, que se está implementando en la legislación ecuatoriana el salario mínimo vital como base de un recurso, porque no introducirlo en el Procedimiento Civil?.

Todo esto tiene como único objetivo el de evitar en lo posible que los procesos se sumerjan en la rémora procesal y el consiguiente apilonamiento de los archivos judiciales, conociendo los Tribunales Superiores causas cuyas cuantías son en verdad irrisorias, hay que darle a los jueces civiles el marco que en verdad a mi manera de ver se merecen, su , decisión podrá ser revisada por la Corte Superior del Distrito respectivo, no más, pues la Suprema, debe estar para otros aspectos específicamente determinados por la Ley y cuyas resoluciones constituyen auténtica jurisprudencia.

Pero, no solo debemos mirar el aspecto civil, también en lo penal pongamos la mira, hay que buscar el cambio en lo que hace relación a los recursos ya no teniendo como base la cuantía, indiscutiblemente, sino partiendo de la clase de auto que dicte el Juez.

Citaré una cifra estadística, en el primer semestre de mil novecientos, ochenta y nueve, ingresan a las Salas de la Corte de Cuenca, un mil doscientos procesos penales, lo que da un resultado de cuatrocientos procesos penales por cada Sala, a más de ello, hay que sumar los civiles, todo un arduo trabajo para tres Ministros que tienen que multiplicar sus conocimientos en las dos áreas, cuando no la de tránsito y otros contemplados en la Ley.'

Pero, la solución está dada a mi manera de ver, en una correcta distribución de tribunales que conozcan de los autos y resoluciones que emitan .los jueces de derecho, no es posible que un auto de prescripción, sobreseimiento provisional y definitivo se acumulen en las Salas de la Corte. Muchas de las veces, sobreseimientos provisionales por juicios iniciados por simples sustracciones de animales domésticos o cosas con valores comerciales de un mil sucres, abultados procesos con acusaciones particulares y toda una serie de declaraciones testimoniales para demostrar la responsabilidad de los sindicatos en hechos tipificados como simples contravenciones de Policía pero que concluyen por disposición de la Ley en un auto de sobreseimiento.

Si los Tribunales Penales tienen competencia para sustanciar el plenario y dictar sentencia, porque no introducir una reforma y darles competencia para que conozcan de los autos de sobreseimiento provisional definitivo, prescripciones que se eleven en consulta por parte de los jueces si son tres los integrantes, como una Sala de la Corte, y se entiende de que son personas con amplios conocimientos de la materia y que han traído en la difícil y complicada área penal en donde se juzga la conducta humana, y que las Salas de la Corte, sean las que conozcan de las sentencias que dicten los Tribunales y se interpongan los recursos de casación, revisión y nulidad, quedando la Corte Suprema de Justicia solo para específicos casos, con ello, se evitaría el vía crucis que deben seguir las partes procesales en la ciudad de Quito en busca del juicio y su pronta resolución en los apilados archivos de la Corte Suprema.

Es la hora de los cambios estructurales profundos en la legislación ecuatoriana, conforme a la apreciación del asunto, mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil, determinado por el progreso científico y tecnológico, por el crecimiento económico e industrial, por el influjo de nuevas concepciones sociales y

políticas y por modificaciones culturales, el Derecho tiende a conservar formas que, en su mayor parte, se originan en los siglos XVII y XIX, cuando no en el Derecho de la Antigua Roma, con lo que se manifiesta enteramente incapaz de adecuarse eficientemente a las aspiraciones normativas de la sociedad actual.

No puede continuarse estudiando el Derecho como algo estático, reducido a un ordenamiento normativo rezagado. Ha llegado el momento de que los juristas pongan término a sus divagaciones teóricas dentro del ámbito cerrado de su disciplina, sin que les importe la eficacia o el resultado que aquellas tienen respecto de las auténticas realidades sociales, y lo expresado, es una de ellas.

Es obvio que esta inquietud debiera vaciarse en un análisis acerca de cómo puede el Derecho seguir siendo el sostén de un status a mi manera de ver injusto o cómo puede contribuir a remediarlo. Una tarea de esta clase solamente puede ser cumplida mediante el estudio de los mecanismos que obran en la relación Derecho-Sociedad y que conforman la estructura de esta última, buscando las alternativas posibles y la manera como el Derecho puede ser empleado para el bien colectivo.

Esta experiencia, no pretende ser un estudio completo del problema ni tampoco un examen procesal del mismo, es una inquietud de reforma que hay que ir la perfeccionando con la preparación académica, la enseñanza y la aplicación práctica, pues hay graves fallas en el 'procedimiento que no satisfacen las exigencias de la sociedad tan dinámica y cambiante en la que me ha tocado vivir.

DEMOCRACIA

Luis Quinteros
Alumno de Quinto Ciclo

Según Voltaire, "la Libertad consiste en obedecer sólo a la Ley"; quiere decir que, justamente, la ley garantiza la soberanía de la persona y una mayor justicia social; garantiza, así mismo, los derechos de los pueblos (derechos sociales) y la protección contra la arbitrariedad. Por supuesto que esta concepción de Ley se da en un Estado democrático. La formulación democrática universal, por ejemplo dice "Un hombre, un voto", "La Ley es única para todos, empezando por el obrero y terminando con el ministro", "Cualquier muchacho vendedor de periódicos puede llegar a ser presidente", "Toda cocinera debe administrar el Estado", etc., etc. En su mayoría sabemos que esto no pasa de ser metáforas. Hasta hoy, siglo XX, en ningún lugar y nunca han sido capaces de dar cabida a la complejidad real de la vida.

El sentido que imprime la palabra democracia en todos es su traducción del griego: poder del Pueblo. Aristóteles decía: "... hay oligarquía cuando ejercen soberanía en el régimen los que tienen fortuna; y, por el contrario, democracia cuando la ejercen los que no poseen gran cantidad de bienes, sino que son pobres. Lo que constituye la diferencia entre la democracia y la oligarquía es la pobreza y la riqueza, y necesariamente, cuando el poder se ejerce en virtud de la riqueza, ya sean pocos o muchos, se trata de una oligarquía; cuando mandan los pobres, de una democracia" y "el que sean pocos o muchos los que ejercen la soberanía es un aspecto occidental".

De este modo los autores antiguos de esta concepción, prestaban la mayor atención al problema social y clasista, mientras que la correlación entre la mayoría y la minoría, el escrutinio de los votos y demás características de procedimiento y cuantitativas de la democracia era para ellos de segundo orden y derivado, "accidental".

Como se sabe, la ley es eficaz y operante sólo cuando contenga en si el mecanismo de su ejecución. "Pero el legislador muchas veces no prevé la posibilidad de que alguien se intente aprovechar el poder en mal de la gente.

En nuestro país, el Ecuador, la ley teóricamente expresa los intereses del Estado, de todo el pueblo, de toda persona; la ley es única para todos los ciudadanos. Para garantizar el cumplimiento obligatorio de las leyes existe la Procuraduría General del Estado, la Fiscalía. Este actúa en nombre del Estado. Pero si estas razones teóricas, escritas en el papel, defendidas por las instituciones estatales, se volvieran prácticas, el triunfo sería de la legalidad y la justicia (claro que históricamente determinada).

Por desgracia, la práctica de los órganos administrativos e incluso los de la protección de la justicia, de la ley, a veces no es impecable. La tarea, entonces, es de realizar y crear un verdadero Estado de derecho en el cual se afirme la soberanía de la ley, los derechos y libertades del ciudadano y la autoridad del poder.

La universidad ecuatoriana, los estudiosos de la ley deben procurar una búsqueda continua hacia una nueva realidad socio-jurídica.

Ahora bien, la exhortación ha de ser, actualmente, de aprender democracia. El coro de voces que explican con calma y razonamientos qué significa ella en nuestra vida práctica y cotidiana, se ve a menudo alterado por gritos desesperados cuya esencia es: "¿de quién debemos aprender democracia? ¿A dónde vamos por este camino?".

Se necesita un mínimo de tiempo, unas pocas lecciones de la vida para que la gente se dé cuenta que en realidad nos hace falta aprender democracia. ¿De quién? Nos remontamos a nuestro pasado, analizamos los fenómenos sociales de hoy. La democracia no se ideó para perjudicar al hombre. Tenemos que aprovechar todo lo mejor que ha elaborado la humanidad durante los siglos.

En bien de todos los hombres, particularizando a nuestro Estado ecuatoriano, debe interesarnos y preocuparnos: cambiar, transformar las normas y el estado de cosas de la vida social para dar la máxima cabida a la democracia, ampliar los derechos de los ciudadanos, de las organizaciones sociales; proteger de modo garantizado, es decir, jurídico esos derechos y aprender a vivir en el mundo de la democracia.

La realidad, también nos confirma que cada paso de desarrollo de la justicia y de la democracia, acarrea nuevos problemas. Pero ¿por ello debemos renunciar a ese desarrollo? NO. De ninguna manera podemos estancarnos, tenemos que seguir el camino, aprender cada vez más y vincular con la vida práctica. La democracia, la ley, la justicia no pueden quedar reducidas a palabras.

Resultaría muy cómodo luchar sólo si se dan posibilidades ideales de justicia y democracia. No debemos contar con posibilidades ideales. Las posibilidades de justicia y democracia son reales, prácticas, con un carácter espacio-histórico. Esto significa que se deben interpretar de modo diferente los métodos de su realización práctica. Conocemos que hay siempre un obstáculo: la gente no está acostumbrada a los fallos sociales, que acompañan toda transformación. La historia nunca da garantías, pero necesitamos de ellas. Goethe decía que "lo único digno de la libertad y de la vida es que sepa cada cual conquistarlas". Importaría esto mucho que lo comprendiéramos.

Las diferentes concepciones de democracia y libertad, de ley y justicia están en el carácter de la relación "hombre y economía", hombre y riqueza patrimonial. Hoy todo el progreso se logra bajo el lema: la riqueza patrimonial es el fin, y el hombre, el medio para alcanzarla. Pues una mejor visión sería que a la cabeza de todo sea colocado el hombre, su desarrollo, en una posición más humana. La economía, la riqueza patrimonial constituyen el medio para desarrollar su personalidad. Pero sabemos que en el alcance hacia una verdadera democracia y una soberanía de la ley, se da una situación excepcional, el hombre sigue siendo el medio, pero se supera a medida que desarrolla la economía.

En este sentido, y estrictamente, la democracia se desarrolla todo el caudal ideológico del hombre.

Los partidos políticos, las organizaciones sociales aparecen en nuestro país, como contentos con la democracia formal "en el papel", cosa que presupone un arreglo aparente de la fachada del edificio social. Así, cómodamente, los responsables de la conducción social no pueden prometer ningún cambio, ningún desarrollo, ninguna garantía de progreso; deben revisar la democracia básica social "aristoteliana".

Las tareas teóricas y políticas deben cambiar: Volver a los albores del conocimiento de la ley y la democracia, observar su desarrollo. Esto no significa que al conservar la herencia del pasado nos limitemos a ella. La ley romana, del medioevo no son recetas para todos los tiempos. A millones y miles de millones de personas no se les puede dar las mismas leyes, reglas o principios, en los que basar la vida.

Por ello hay que pensar con la cabeza propia, cada uno de los ecuatorianos, hemos entrado en la revolución tecnológica, explosión demográfica, en la tensión ecológica, etc.; es decir, nos planteamos hoy tareas nuevas y, a la vez, bastante enredadas.

A propósito, la sociedad socialista, la sociedad capitalista atraviesan varias etapas de reconstrucción. Ahora, en plena revolución tecnológica, los dos sistemas sociales están adquiriendo una forma nueva. Ningún sistema tiene derecho a la existencia si no sirve en bien del hombre. Este criterio clasista hace que debamos preocuparnos por la vida de los trabajadores, de los obreros y no de los beneficios de los privilegios de cualquier grupo de élite.

Es democracia solamente lo que da en la práctica (y no en el papel) bienestar y cultura al trabajador. Y aquello que no lo asegura no es democracia.

Hoy, en que el país, se debate en una crisis, producto de la insensibilidad del orden económico internacional desigual; para ajustar una mejor justicia, una mayor democracia, no solo para nuestro país, sino para los demás Estados pobres, debemos proyectarnos a buscar un nuevo orden económico mundial, en el cual, se asegure una mayor participación del hombre en el desarrollo técnico.

Resumiendo y concluyendo:

La única democracia, justicia y soberanía de la ley prácticamente posible en nuestro país en particular, es la democracia, justicia y soberanía de la ley desde un punto de vista de la teoría y no de la práctica.

Las especulaciones teóricas, doctrinarias serias no pueden llegar a realizarse sin un estudio profundo de nuestra realidad; sin abolir la

pobreza y la miseria, y para abolir la pobreza y la miseria, tienen que hacerse, las especulaciones teóricas. Lo uno con lo otro.

La falta de democracia no nace naturalmente, sino que se produce artificialmente, brota de la aguda disolución de la sociedad; disolución que se ve claramente, que se personifica en el hombre trabajador, sin intervención suya, como el resultado negativo del actual status quo.

En nuestro país, toda organización social, todo partido político se siente, ante todo, como un representante de la democracia y de la justicia en general. Por eso estos representantes pasan por turnos.

**LA REVOLUCION FRANCESA Y LOS DERECHOS
HUMANOS**

**Jaime Edmundo Andrade Jara
Alumno del Tercer Ciclo**

Cuando el mundo celebra alborozado el Bicentenario de la Revolución Francesa, creo oportuno reflexionar sobre la incidencia de la magna gesta de 1789 sobre la vigencia de los Derechos Humanos. Analizar la mentada temática implica una ardua tarea, por lo que me limito a realizar un breve análisis al respecto.

Sería de ilusos negar el aporte significativo de la Revolución Francesa y su Declaración de Principios a la concepción filosófica y humana de las sociedades de hoy.

Las conquistas alcanzadas siguiendo el ejemplo de los patriotas franceses son múltiples; una de ellas la libertad; don sagrado y sublime, que tienen todos los hombres, con ella la libertad de ejercer la soberanía constituye otro paso gigantesco, pues los regímenes ahora existentes pueden autogobernarse, aunque varios factores impiden que esta aspiración sea total.

Sistemas republicanos en sus modalidades presidencial y republicana llenan en parte las aspiraciones del hombre, pues permiten ejercer la libertad del sufragio, a ser elegido, a exigir responsabilidad en el desempeño de funciones públicas a quienes accedan al poder político.

La libertad concebida en sentido amplio permite, la creación de leyes por iniciativa popular. Pero la mejor manera de sentir plasmada la libertad es en la "Democracia" entendida como "el conjunto de hombres libres que no obedecen sino a las leyes que ellos mismos se han dictado a través de sus representantes". Corroborando lo anterior bien podemos afirmar que la Democracia es la suma de poderes que funcionan como obstáculos contra las extralimitaciones de la libertad.

Haciendo un parangón entre Libertad y Democracia, se puede aseverar sin temor a equivocarse que las dos no pueden ir separadas, porque la Libertad sin Democracia se constituiría en la dictadura de grupos minoritarios, y la Democracia sin Libertad se tornaría en monopolio de mayoría. Continuando en el análisis de los logros

sustentados en la Revolución de 1789 y siguiendo con la Democracia, es fácil apreciar que dentro de ella nos es permitido hacer oposición al gobierno de turno, asunto que genera el debate que llevado en sentido positivo posibilita la confrontación de ideas las que redundarán en beneficio del estado. Todo lo arriba mencionado se comprende fácilmente al enunciar el principio universal: "El fundamento del gobierno democrático es la libertad".

Herencia de los postulados de la Revolución Francesa en el ámbito político es la alternabilidad en el poder mediante la corta duración de los períodos.

La división de los poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial como características de la Democracia es sin duda alguna otra repercusión positiva en nuestros ordenamientos jurídicos, pues mediante esta fórmula el gobernante responderá ante organismos políticamente independientes en el evento de que cometa arbitrariedades.

Raúl Baca Carbo, ex-presidente del Parlamento ecuatoriano, al defender el sistema de derecho sostiene que "Defender la Democracia", significa defender la soberanía popular, la libertad individual, la justicia social, y el pleno imperio de los Derechos Humanos, en sus dimensiones político, económico, social y cultural, significa también defender a los pueblos, del espectro "del despotismo y de todas las situaciones que ofenden a la vigencia de la condición humana. Del concepto de Baca Carbo se deduce lo trascendental que es vivir en Democracia, más aún si la reconocemos como la facultad que reside en el pueblo, quienes estableciendo la norma limitan la acción estatal. En la Democracia, el poder político está sometido a la Soberanía.

Si bien aún quedan formas arcaicas de gobierno como son las monarquías, tema que lo abordaré en líneas subsiguientes, en la República han sido eliminadas las dinastías, pues el presidente es un¹ ciudadano común, más todavía en los regímenes republicanos la división de poderes permite que cada una de las funciones del estado posea ciertas limitaciones en sus atribuciones.

La representatividad, también postulado de la Revolución Francesa, es una proyección de ella en la actualidad, mediante esta

característica, el pueblo, el ciudadano común, el autócrata el rico acceden a la posibilidad de dictar leyes. La electividad y no la herencia, permiten sustentar la legitimidad del poder político ya que fueron elegidos por una mayoría.

En cuanto a las monarquías rezago viviente de aquellas formas de absolutismo que precisamente luchó y combatió el pueblo francés han evolucionado, conservando prácticamente el membrete de monarquías en razón de conservar una característica ancestral tan solo por tradición ritual, en ellas si bien existe el monarca este cumple papeles de protocolo. En definitiva tanto las formas monárquicas y las republicanas son legados de la Revolución Francesa.

Los partidos políticos, su existencia y su vigencia se deben históricamente a la revolución de 1789 pues concretamente en sus postulados la Declaración de Principios así lo proclama cuando establece que se dará la transferencia de la soberanía que estaba en manos del monarca al poder del pueblo.

Los partidos políticos teniendo como meta, a más de la toma del poder el de ser un instrumento de fiscalización de las funciones del estado, se vuelven en vigilantes del proceder de los funcionarios y autoridades del estado. Siendo también los partidos políticos los órganos de formación y de expresión de la opinión pública se interponen entre el gobierno y la sociedad, cumpliendo su misión de formar el requerimiento general. En definitiva los partidos políticos son esenciales para la vida del estado democrático pues resuelven y encauzan la opinión popular a través del sufragio consecuentemente se colige su razón para existir.

La concepción secular del estado se extiende desde la Revolución Francesa, el laicismo consiste en considerar la no profesión de ninguna fe por parte del estado. Precisamente la intromisión de la iglesia unida a las clases privilegiadas detentando el poder político, económico y el religioso, fue la causa detonante de la Revolución en Francia. Para comprender lo trascendental del laicismo vale recordar que en el medioevo fundamentalmente, al iglesia no solo tenía competencia en lo espiritual, sino que también se abrogaba atribuciones políticas, administrativas, legislativas así como la potestad de administrar justicia. Con el laicismo el estado se independiza de la religión adoptando una

neutralidad en todas sus instituciones protegiendo la libertad de cultos, la tolerancia religiosa y la no politización del clero. Consecuentemente con el estado secular aparece el laicismo en la educación, con lo que se respeta el fuero interno de cada individuo, respetando la conciencia de cada estudiante, además permite analizar, investigar, criticar sin ninguna restricción de carácter dogmático.

Pienso que la herencia mayor de la Revolución Francesa es el habernos proporcionado una norma jurídica fundamental y positiva, la cual rige la vida del estado, y regula precisamente el orden constitucional.

El esquema de la carta constitucional modelo, encabezada por una Declaración de Principios en donde se determinan cuales son los derechos de los cuales se encuentran asistidos los ciudadanos para evitar las arbitrariedades de las autoridades, ha sido asimilado por los países del mundo. Mediante el legado francés los "Derechos Humanos" han pasado a ser una porción sustancial del Derecho Constitucional, consecuencia de la Declaración de Principios ha sido y es que las modernas constituciones y demás leyes consagran buena parte de sus normas a declarar los derechos que asisten a las personas y a garantizar su ejercicio.